



UNIVERSIDAD MIGUEL HERNÁNDEZ DE ELCHE

Facultad de Ciencias
Sociales y Jurídicas de Elche.

GRADO EN RELACIONES LABORALES Y RECURSOS HUMANOS.

TRABAJO FIN DE GRADO

ESTUDIO CRÍTICO DEL SISTEMA LEGAL DE
ACCESO A LA RESIDENCIA DE LOS
MENORES HIJOS DE RESIDENTES LEGALES
EN ESPAÑA.

Presentado por:

Alumna: Anais Barrea Limón

Tutor: Prof. Doña Lerdys Saray Heredia Sánchez

Profesora Ayudante de Derecho internacional privado

Junio, 2021

ÍNDICE

SIGLAS Y ABREVIATURAS	3
RESUMEN/ ABSTRACT	4
INTRODUCCIÓN	5
CAPÍTULO 1. ANÁLISIS DE LOS ASPECTOS MÁS RELEVANTES SOBRE EL RÉGIMEN JURÍDICO APLICABLE A LOS MENORES EXTRANJEROS HIJO DE PADRES RESIDENTES LEGALES Y QUE VIENEN A VIVIR A ESPAÑA.	
I. Aproximación general: el extranjero residente en España	8
1. Tipos de residencia	9
-Residencia Temporal	9
-Residencia Permanente.....	10
-Residencia por circunstancias Excepcionales	11
2. Renovación de la autorización de residencia.....	16
3.Extinción de la autorización para residir en España.....	16
II. El tratamiento legal a los menores extranjeros que vienen a vivir a España de padres residentes: la reagrupación familiar	17
-Permiso de Residencia.....	21
-Requisitos	21
-Procedimiento.....	27
-Documentación requerida.....	29
-Trámite para solicitar visado ante la Autoridad Consular o Embajada ..	31
-Causas de denegación.....	32
CAPÍTULO 2. ANÁLISIS DEL PROCEDIMIENTO LEGAL PREVISTO PARA LOS MENORES HIJOS DE RESIDENTES LEGALES QUE HAN NACIDO EN ESPAÑA.	
I. Régimen Jurídico aplicable para obtener la residencia	35
1. Ley de Extranjería y Reglamento del Régimen General	36
2. Requisitos exigibles cuando el menor ha nacido en España	37
-Documentación exigible residencia del hijo residente legal nacido en España.....	38
-Procedimiento.....	39

3. Derechos de los menores al residir en España.....	40
CAPÍTULO 3. ANÁLISIS DEL PROCEDIMIENTO LEGAL PREVISTO PARA LOS MENORES NO NACIDOS EN ESPAÑA.	
1. Tipo de autorización.....	46
2. Requisitos.....	46
3. Documentación	49
4. Procedimiento	50
CONCLUSIONES	53
BIBLIOGRAFÍA/ BIBLIOGRAFÍA WEB.....	56
ANEXOS	58



Siglas y Abreviaturas utilizadas.

ART	Artículo
CC.....	Código Civil
CC.AA	Comunidades Autónomas
CE.....	Constitución Española
DUDH.....	Declaración Universal de Derechos del Niño.
EEMM	Estados Miembros
INE	Instituto Nacional de Estadísticas
IPREM.....	Indicador Público de Renta de Efectos Múltiples
LEC.....	Ley Enjuiciamiento Civil
LEX	Ley de Extranjería
LO.....	Ley Orgánica
LOEX	Ley Orgánica de Extranjería
LOPJM	Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor
RD.....	Real Decreto
TIE.....	Tarjeta de Identificación de Residencia
UE.....	Unión Europea

Resumen: El presente trabajo se dirige a realizar un estudio, desde una perspectiva práctica, sobre las diferencias que existen entre los procedimientos legales previstos para otorgar la residencia legal a los menores de padres extranjeros residentes en España que nacen en España respecto de los hijos de extranjeros residentes en España, que han nacido en el extranjero. Veremos, cómo siendo residentes en España los padres tienen que actuar de una forma si se trata de un hijo que nace en España respecto de si nace en el extranjero, es decir, se trata de plasmar la diferencia de requisitos que se les exige según el caso y la injusticia que está detrás de la aplicación de esta normativa.

Palabras clave: menores extranjeros, residencia legal de menores, reagrupación familiar, derechos del menor.

Abstract: This is to carry out a study, from a practical perspective, on the differences that exist between the procedures to grant legal residence to the minors of foreign parents residing in Spain who are born in Spain and of the children of foreigners who reside in Spain, but those that are born outside the country. We will see, how being residents in Spain, parents have to act in a way if it is a child born in Spain compared to if it is born abroad, that it is a matter of reflecting the difference in requirements that are required of them according to the case and the injustice behind the application of this regulation.

Key words: foreign minors, legal residence of minors, family reunification, minor's rights.

UNIVERSITAS
Miguel Hernández

INTRODUCCIÓN

El análisis del proceso para el acceso a la residencia de menores, hijos de residentes legales en España, creemos que permite aclarar las diferentes vías para obtener este permiso y, a su vez, desenmarañar los diversos textos legales que por un lado regulan las migraciones y, por otro, defienden derechos e intereses legítimos de los menores y sus familiares, algunas veces, con escasa eficacia. Solo un pequeño acercamiento a este tema sirve de acicate para indagar más y reflexionar acerca de las diferencias de aplicación de la residencia entre hijos, de extranjeros residentes en España, nacidos en España o fuera del territorio español, siendo singular que se haga distinción por lugar de nacimiento para la posterior tramitación de la mencionada residencia.

Al observar La Ley y el Reglamento de Extranjería, que regulan la entrada, estancia, derechos y libertades de los extranjeros en el territorio español podemos entender las numerosas reformas que han sido llevadas a cabo, pues sin duda, la inmigración hacia España ha dejado de ser un fenómeno circunstancial para convertirse en una realidad colectiva en la esfera, política, económica, laboral, cultural y, por su puesto, social. En las páginas venideras profundizaremos sobre este tema y explicaremos con detalle cómo funciona la residencia para cada una de estas situaciones. Debemos, además, tener en consideración los factores de vulnerabilidad inherentes a residir en un país con unas costumbres diferentes a las del país de origen, sin obviar las razones, personales o generales, por las que muchos extranjeros deciden emigrar a España y establecer aquí su arraigo.

Realizando este estudio pretendemos poner el foco en la realidad que muchos residentes legales en España encuentran a la hora de solicitar la residencia de su hijo menor, detectando, en ocasiones, incongruencias y contradicciones que llevan al desamparo legal cuando, irónicamente, la ley pretende reconocer y proteger sus derechos y libertades. Por este motivo, consideramos relevante manifestar los indicios discriminatorios de la normativa vigente en España a la vista de diferencias obvias entre los menores nacidos en España y los hijos de los extranjeros residentes en territorio nacional; para ello, examinaremos los textos legales y noticias publicadas en los últimos años donde expondremos las flaquezas de las que adolece la mencionada normativa.

La metodología empleada se fundamenta en la realización del estudio profundo y pormenorizado de la normativa aplicable. En la investigación del trabajo se ha procedido

a consultar el Manual de la asignatura de Derecho de Extranjería y diferente bibliografía sobre el tema, se han buscado publicaciones relevantes de noticias, consultado páginas web oficiales y recabado información en dos Asesorías de Extranjería (una en la localidad de Elche y otra en la localidad de Alicante), para, a través de todos los datos obtenidos, poder concluir que existe una problemática real en la aplicación de la normativa, desde el punto de vista técnico-jurídico, que hace preceptivo el estudio de la jurisprudencia y su principio unificador para aclarar la magnitud de sus consecuencias en los derechos y libertades de los extranjeros en España.

Este trabajo lo hemos estructurado en varios capítulos y comenzamos analizando, en el primero de ellos, los aspectos más relevantes del régimen jurídico mediante una aproximación general al extranjero residente España y las formas de residencia previstas en la legislación, así como a la reagrupación familiar.

A continuación, en el capítulo dos, desgranamos la Ley de Extranjería y el Reglamento del Régimen General para conocer en profundidad los requisitos, procedimientos y documentación exigida a los menores nacidos en España de padres residentes legales, así como los derechos reconocidos a los menores una vez son residentes de España.

Por último, en el capítulo tres, examinamos el procedimiento legal, requisitos y documentación previstos para el menor que no ha nacido en España y los comparamos con el procedimiento estudiado en el capítulo anterior, destacando sus similitudes y diferencias.

Finalmente, aportamos las conclusiones obtenidas tras la investigación y reflexión del estudio realizado, facilitamos las fuentes que nos han suministrado la información y las noticias sobre las que apoyamos nuestras observaciones y adjuntamos los formularios tipo que se mencionan a lo largo del trabajo.

CAPÍTULO 1. ANÁLISIS DE LOS ASPECTOS MÁS RELEVANTES SOBRE EL RÉGIMEN JURÍDICO APLICABLE A LOS MENORES EXTRANJEROS HIJO DE PADRES RESIDENTES LEGALES Y QUE VIENEN A VIVIR A ESPAÑA

Sin olvidar la normativa básica de los derechos del menor, incluyendo los Convenios y Tratados Internacionales¹ sobre Derechos Humanos² ratificados por España, así como la Constitución Española³ de 1978; el régimen jurídico de los menores extranjeros cuyos padres son residentes legales en España y vienen a vivir con ellos viene enmarcado por la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social⁴, reformada en varias ocasiones. En su reforma de diciembre de 2009 se dio una nueva regulación a la reagrupación familiar en la que se acota a los familiares que integran el núcleo familiar, incluyendo a la pareja del reagrupante con relación afectiva análoga a la conyugal.

La Ley de Extranjería regula todos los aspectos relacionados con los derechos y libertades, las situaciones administrativas, infracciones y régimen sancionador y, por su puesto, los procedimientos y requisitos que se establecen para los extranjeros que, por uno u otros motivos, solicitan la entrada en España de un familiar menor extranjero.

Esta ley, además de regular el procedimiento para otorgar la residencia legal a estos menores, también se preocupa porque lo que prime sea el interés superior del menor y el respeto de sus derechos, estableciendo unos criterios mínimos para asegurar la idoneidad de su residencia en España (a los padres o tutores se les exigen unos ingresos mínimos, la disponibilidad de una vivienda adecuada, acreditación de empleo y/o recursos suficientes que más adelante se explicaran con más detalle).

Los requisitos legales estipulados normalmente se aglomeran en conceptos jurídicos sin determinar que no resultan simples de alcanzar y esto nos lleva a plantearnos una serie

¹ Tratado Internacional. “Acuerdo celebrado por escrito entre Estados, o entre Estados sujetos de derecho internacional”. [Convención sobre los Derechos del Niño \(unicef.es\)](https://www.unicef.org/convencion) Fecha de consulta: 07/05/21.

² Derechos Humanos. “Derechos inherentes a todos los seres humanos, sin distinción alguna de nacionalidad, lugar de residencia, sexo, origen nacional o étnico, color, religión, lengua, o cualquier otra condición. ...Estos derechos son interrelacionados, interdependientes e indivisibles”.

³ Constitución Española. “Norma suprema del ordenamiento jurídico español, a la que están sujetos todos los poderes públicos y ciudadanos de España. Entrada en vigor el 29 de diciembre de 1978”. «BOE» núm. 311, de 29 de diciembre de 1978, páginas 29313 a 29424 (112 págs.). BOE-A-1978-31229. [https://www.boe.es/eli/es/c/1978/12/27/\(1\)](https://www.boe.es/eli/es/c/1978/12/27/(1)). Fecha de consulta: 11/04/2021.

⁴ La Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social. «BOE» núm. 10, de 12/01/2000. BOE-A-2000-544. <https://www.boe.es/eli/es/lo/2000/01/11/4/com> Fecha consulta: 10/04/21.

de preguntas, ¿Por qué exigen diferentes requisitos al menor nacido en España que al que quiere venir a vivir a España? ¿Realmente se está primando el interés del menor? ¿Se están cumpliendo los derechos del menor? ¿Se están cumpliendo los plazos de resolución?

I. Aproximación general: el extranjero residente en España

Se define como; “El régimen de extranjería en España hace referencia al conjunto de normas jurídicas aplicables al estatuto del extranjero en su relación con la Administración española. Por tanto, hablamos de extranjeros en todos aquellos casos en los que las personas físicas no son españoles”.⁵

La Ley de Extranjería LO 4/2000 de 11, de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, en su artículo 1.1 establece:

"Se consideran extranjeros, a los efectos de la aplicación de la presente Ley, a los que carezcan de nacionalidad española".

Conforme a la legislación española, se considera residente extranjero al que cuenta con un título que le habilita para residir en España, pero es necesario que tengan tarjeta⁶ o permiso de residencia en vigor (NIE)⁷. Asimismo, también se establecen diferencias entre menores extranjeros nacidos en España y menores extranjeros que vienen a vivir a España de padres residentes.

Si bien, no debemos perder de vista la norma suprema de nuestro ordenamiento jurídico, la Constitución Española, que sienta la bases para el desarrollo del resto de leyes y reglamentos y, en el tema que nos ocupa dice así:

"Artículo 13. 1. Los extranjeros gozarán en España de las libertades públicas que garantiza el presente Título en los términos que establezcan los tratados y la ley".

"Artículo 18. 1. Se garantiza el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen".

⁵ ORTEGA GIMÉNEZ, ALFONSO (Dir) y HEREDIA SÁNCHEZ, LERDYS S (Coord.) y AA.VV. *Manual práctico orientativo de Derecho de Extranjería*, Aranzadi, Navarra, 2016, pp. 23-30,

⁶ Tarjeta de Residencia. “Documento de identificación para personas extranjeras que demuestra su situación de residente legal en España”.

⁷ NIE. “Número de identificación de Extranjeros, contiene los datos personales, una fotografía y la huella dactilar”.

Ambos recogidos en el Título I, Capítulo 2º, Sección 1ª "De los derechos fundamentales y las libertades públicas".

Por otro lado, también en el Título I, pero ya en el Capítulo 3º "De los principios rectores de la política social y económica":

"Artículo 39. 1. Los poderes públicos aseguran la protección social, económica y jurídica de la familia".

2. Los poderes públicos aseguran, asimismo, la protección integral de los hijos, iguales éstos ante la ley con independencia de su filiación, y de las madres, cualquiera que sea su estado civil. La ley posibilitará la investigación de la paternidad.

3. Los padres deben prestar asistencia de todo orden a los hijos habidos dentro o fuera del matrimonio, durante su minoría de edad y en los demás casos en que legalmente proceda.

4. Los niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos".

Existen varias opciones por las que un extranjero puede obtener la residencia permanente o temporal. La LOEX⁸ atribuye a la Administración competencia plena para conferir autorizaciones administrativas alegando circunstancias excepcionales, como pueden ser las razones de arraigo laboral, de acceso al mercado laboral, arraigo social y razones de parentesco.

El RELOEX⁹ indica la senda a seguir para conseguir una autorización por residencia y que los ciudadanos extranjeros que deseen residir en España lo hagan de forma legítima. Cuando se tiene la autorización, se debe solicitar el visado que es lo que permite la entrada y salida del Estado miembro. La residencia en España se puede obtener de varias formas, y en relación al régimen jurídicos se van a desarrollar las más comunes:

1. **Tipos de residencia**

La residencia temporal: Esta residencia autoriza al extranjero a estar en territorio nacional durante el tiempo de un mínimo de noventa días (estancia) y un máximo de cinco años. En concreto esta residencia se prevé para personas que no van a desarrollar en

⁸ Ley Orgánica 4/2000, 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social.

⁹ Real Decreto 557/2011, de 20 de abril, por el que se agrupa el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social.

España ninguna actividad lucrativa, donde se le concederá el visado en la Misión Diplomática u Oficina Consular de España del lugar en el que se encuentre el extranjero, en caso de admisión del pasaporte deberá llevar el extranjero consigo una autorización de residencia y el cómputo de su vigencia se computará desde el momento en que entrase en España que hará de constar en el pasaporte.¹⁰

Una vez que se le ha concedido el visado tendrá que recogerlo en el plazo de un mes, de lo contrario se entenderá que ha renunciado al visado, obteniendo como resultado el cierre del expediente.

El periodo del visado no será superior a tres meses, una vez entrado en territorio nacional deberá solicitar personalmente y en el plazo de un mes la Tarjeta de Identidad de Extranjero (TIE).

La autorización inicial de residencia temporal durara por un tiempo de un año, pudiendo ser prorrogada cuando solicite su renovación por un máximo de cinco años.

Para obtener el visado como la autorización de residencia temporal, junto con la solicitud deberá aportar una serie de documentos:

-Si el solicitante es mayor de edad, antecedentes penales expedidos por las autoridades del país de origen o del país en el que haya residido los últimos cinco años.

-Certificado médico.¹¹

-Documentos que acrediten que se dispone de medios de vida suficientes para atender los gastos de manutención, tanto en su caso como en el de su familia si se diera el caso. La solicitud será de manera gratuita.

La residencia permanente: para obtener este tipo de residencia el extranjero debe haber permanecido en España con residencia legal y continuada por un tiempo de cinco años, por lo que se da el derecho a residir en España indefinidamente, así como a trabajar sin limitaciones y en igualdad de condiciones que los demás ciudadanos españoles.

Cuando hace referencia a una “residencia continuada” significa a que el extranjero no debe haberse ausentado más de seis meses seguidos y siempre que los periodos de

¹⁰ Misión Diplomática. Instituto público.” Representación permanente de un Estado, o ante una organización internacional, o de esta ante un Estado”.

ausencia no superen el periodo de un año dentro de los cinco años de residencia necesarios.

Esta autorización de residencia permanente se la otorgarán aquellos extranjeros que acrediten que se encuentra en cualquiera de estas situaciones:

-Ser beneficiario de una pensión de jubilación en su modalidad contributiva, incluida dentro del sistema de la Seguridad Social española.

-Ser beneficiario de una invalidez permanente absoluta o gran invalidez en su modalidad contributiva dentro del sistema de la Seguridad Social o de prestaciones equivalentes a las anteriores obtenidas en España y suficientes para su mantenimiento y, en su caso, el de su familia.

-Haber nacido en España y una vez alcanzada la mayoría de edad, y demostrar que ha tenido una residencia legal y continuada por un tiempo de tres años consecutivos una vez admitida la solicitud.

-Haber sido españoles de origen y haber perdido con posterioridad la nacionalidad española.

-Haber alcanzado la mayoría de edad haber estado bajo tutelas de las autoridades españolas durante los cinco años inmediatamente anteriores a la residencia permanente.

-Apátridas y refugiados a quienes se les haya reconocido tal estatuto.¹²

-Los extranjeros que hayan contribuido de manera destacada al progreso económico, científico o cultura de España o a su proyección en el exterior.

Junto con la solicitud de residencia permanente se deberán acompañar los documentos en que se fundamente la causa de su petición. El procedimiento se resolverá en tres meses a contar desde dicha presentación de solicitud, una vez admitida la autorización de residencia el extranjero dispondrá del plazo de un mes para solicitar la TIE.

Aquellos extranjeros que tengan la residencia permanente concedida tendrán que solicitar la renovación cada cinco años con una antelación de sesenta días naturales (incluidos fines de semana y festivos) y abonar la tasa correspondiente.

Residencia por circunstancias excepcionales: Se pueden conceder autorizaciones de residencia temporal si se dan las siguientes circunstancias excepcionales:

¹² Apátrida: persona que carece de nacionalidad.

-Razones por arraigo laboral: se tratan de extranjeros que acreditan una permanencia continuada en España por un periodo mínimo de dos años, acreditando que no tiene antecedentes penales ni en su país ni en España y con la existencia de relaciones laborales cuya duración no puede ser inferior a un año.

-Razones de acceso por mercado laboral y arraigo personal: Cuando se acrediten la permanencia en España por un periodo de tres años siempre que obtengan un contrato laboral firmado tanto por la empresa como por el trabajador por un tiempo de un año de duración cuando se presente la solicitud, que no tenga antecedentes penales ni en su país ni en España además acrediten vínculos familiares (cónyuges, ascendientes y descendientes) o bien común certificado del Ayuntamiento donde residen que certifique su integración social.

-Razones de parentesco: se tratan de extranjeros que sus padres sean de origen español.

Estos supuestos excepcionales no requieren solicitud de visado y, por lo tanto, podrán ser solicitados por el extranjero interesado en disfrutar de este tipo de permiso por residencia, siempre que acredite alguna de las situaciones mencionadas.

Independientemente de estos procedimientos para conseguir cualquiera de estas autorizaciones de residencia, en España continuamos presenciando cómo, en algunos casos, las políticas de inmigración zozobran sin remedio.

La solicitud deberá ser acompañada por la siguiente documentación:

-Copia del pasaporte o documento válido para la entrada a España con una vigencia mínima de cuatro meses. (Asilo y refugio podrá presentarse con pasaporte).

- Documento que certifique las circunstancias excepcionales.

- Certificado médico oficial.

-Tres fotografías tamaño carnet.

El extranjero dispondrá de un mes para solicitar la TIE cuando la autorización haya sido favorable.

Observemos algunos ejemplos como la siguiente noticia:

El TS reconoce el derecho de un padre extranjero a que se amplíe su residencia temporal para cuidar de su hijo español.

Un padre extranjero solicita la ampliación de su residencia temporal por circunstancias excepcionales en su modalidad de arraigo familiar. El motivo que alegó fue el cuidado de su hijo menor de nacionalidad española y que tiene a su cargo. El Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana le denegó esta prórroga aduciendo el cumplimiento del plazo de un año que la ley establece para su concesión. El padre, que recurrió esta sentencia ante el Tribunal Supremo, expuso la falta de sentido el fallo y manifestó que, además, contradice a la página oficial del Ministerio del Interior, incurriendo de esta manera en una vulneración indirecta de la protección jurídica del menor.¹³

Esta noticia es un claro ejemplo de cómo los intereses legítimos y los derechos subjetivos de unos, los menores, y de otros, los extranjeros, entran en conflicto y pueden dictarse este tipo de sentencias, aunque nuestro ordenamiento interno y la legislación comunitaria subrayen el interés superior del menor.

Por otro lado, vemos:

La victoria de los inmigrantes sin papeles con niños españoles: el Gobierno facilita su regularización, aunque no tengan trabajo. El gobierno facilita su regularización, aunque no tengan trabajo.

Una noticia que desarrolla la información acerca de una flexibilización de los requisitos exigidos para obtener una residencia de cinco años para los inmigrantes extracomunitarios con hijos españoles o comunitarios menores de edad, algo que reclaman desde hace muchos años atrás no solo distintas ONGs especializadas sino también el Defensor del pueblo.

El artículo expone el de un caso en el que un hombre con nacionalidad nigeriana, 20 años de estancia en España y una hija menor española que se encontraba sin trabajo estable y a las puertas de la caducidad de su permiso de residencia, que tal y como se encontraba la ley en ese momento, suponía poder enfrentarse a la desestimación de su renovación. La flexibilización de la que esta noticia nos habla ha sido desarrollada

¹³ Noticia 1: El TS reconoce el derecho de un padre extranjero a que se amplíe su residencia temporal para cuidar de su hijo español. <https://www.lavanguardia.com/vida/20190606/462709948> Fecha de consulta: 17/05/21.

mediante instrucción de la Dirección General de migraciones y supone la obtención de una residencia de cinco años para padres y madres de niños españoles sin necesidad de acreditar medios económicos ni antecedentes penales, sino que bastará con demostrar la relación de dependencia entre ambos y la vinculación paterno-filial.

Este escrito recoge una muestra retrospectiva de la normativa española y analiza cómo, poco a poco, se van alcanzando hitos legales reclamados por distintos sectores de la sociedad que facilitan la gestión de la migración, destierran parte de la incertidumbre que supone para muchos extranjeros la renovación de sus permisos de residencia con hijos a cargo y aplaude la constancia de todas las personas vinculadas a esta lucha por los derechos de los extranjeros que intentan defender un entorno estable para el desarrollo de estos niños.¹⁴

CASO PRÁCTICO

Contexto del caso: La Sra. Najat es una inmigrante que lleva residiendo de manera legal en España durante ocho años. Ha decidido traer a su hijo Said a España desde Marruecos a través de una Carta de Invitación para turista, con la intención de que el hijo menor se quede a vivir con ella, pues los requisitos que se le exigen para poder tramitar la reagrupación familiar se le hacen difícil de cumplir, debido a que está trabajando en supermercado a media jornada y ganando 560€/mes, además de, estar pagando un alquiler por una sola habitación con el resto del domicilio compartido con más compañeros.

Por lo que decide traer a su hijo a Said mediante carta de invitación siendo advertida, en la Comisaría de Policía Nacional, de que el hecho de incumplimiento, la primera consecuencia de no regresar al país de origen o de procedencia es que el menor pasará a una situación irregular en España, por lo que podría ser objeto de una sanción, ya sea económica, si es muy grave, la ley de extranjería (Ley 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social) prevé multas desde 500 o 600€ hasta llegar incluso a los 10.000, bien una orden de expulsión, con la consiguiente prohibición de entrada, o bien, al estar tipificado en el Código Penal como

¹⁴ Noticia 4. El Diario: La victoria de los inmigrantes sin papeles con niños españoles: el Gobierno facilita su regularización, aunque no tengan trabajo. [La victoria de los inmigrantes sin papeles con niños españoles: el Gobierno facilita su regularización aunque no tengan trabajo \(eldiario.es\). https://eldiario.es/desalambre/victoria-inmigrantes-papeles-ninos-espanoles-gobierno-facilita-regularizacion-no-tengan-trabajo_1_6246921.html](https://eldiario.es/desalambre/victoria-inmigrantes-papeles-ninos-espanoles-gobierno-facilita-regularizacion-no-tengan-trabajo_1_6246921.html) Fecha de consulta: 17/05/21.

delito, el art. 318 expone que será castigado con la pena de cuatro a ocho años de prisión por fomentar la inmigración ilegal.

Cuando el menor termine el plazo de estancia en España del máximo de seis meses (tres meses primeros y durante esos tres meses solicitar una prórroga de otros tres más) y entre en situación ilegal, pasará ser un menor sin papeles, llevando a cabo su desarrollo en una situación complicada, con alta probabilidad de abandono escolar debido a la dificultad de la lengua, sin conseguir integrarse bien en el colegio, viviendo con el miedo constante de que en algún momento pueda la autoridad requerirle la documentación, no presentarla y finalmente ser expulsado.

¿Qué clase de protección jurídica se le está dando al menor si le separan de su madre?

¿En qué momento ejerce el derecho a ser escuchado?

En mi opinión, creo que muchos de estos extranjeros optan por este recurso debido a que es un procedimiento con unos requisitos fácilmente alcanzables, y por supuesto, otra ventaja fundamental es que es más ágil aunque a la postre sea una situación irregular en la que arriesgan no sólo su dinero (pudiendo ser multados) si no también se arriesgan a ser expulsados del territorio aunque, hemos de aclarar, esto último suele ser más difícil de llevar a cabo y es por esto hay que la inmigración ilegal es muy numerosa. A mi juicio, considero arbitrario que los requisitos que se solicitan sean tan rígidos y complicados de satisfacer ya que empujan a los extranjeros a escoger otras vías que permiten acercarse a sus seres queridos aún a sabiendas que no es legal, y esto, a su vez, genera un problema político en España aumentando las cifras de inmigración ilegal. Cuando hablamos de la Ley de extranjería todos entendemos que lo que inspiró su promulgación fue intentar crear soluciones para regular y evitar la inmigración ilegal, y proteger los derechos y libertades de las personas que desean unirse a la sociedad española de manera pacífica y como uno más, sin que su origen sea una carga o una excusa para ser señalado. Es por esto que sorprende ver como para un mismo objeto (reagrupación) existen diferentes procedimientos, con requisitos difícilmente alcanzables, y, sin embargo, la gestión para visita turística temporal, llegue a ser un coladero para este mismo objeto.

Además, debemos reflexionar que, en los casos concretos que nos ocupan, hablamos de extranjeros, pero, ante todo, hablamos de menores, de niños, y un niño es un niño en cualquier punto del mundo, o al menos así reza en los derechos que recoge la Convención sobre los Derechos del Niño.

Sabemos que no hay una solución fácil o una receta infalible, pero sí se puede comenzar por facilitar y administrar más recursos para la gestión de estas situaciones, crear responsabilidades para que se supervise la actuación de la administración y valorar qué se puede mejorar a nivel administrativo y, ante todo, revisar los requisitos adecuándolos a las circunstancias reales y priorizando y agilizando los procedimientos para, sobre todo, proteger los derechos de los menores.

En el mismo sentido, vemos necesario asegurar a los menores una educación acorde a su nivel y no al nivel de los niños nacionales, para poco a poco lograr la equidad y facilitar la creación de programas escolares de integración, además de apoyo escolar en cuanto a la lengua se refiere.

Es obvio que la inmigración es una realidad, y es constante, por lo que lo primordial es regular su entrada y gestionar la mejor protección para los menores habida cuenta de sus necesidades porque ¿Quién desea vivir con miedo? O ¿Por qué están dispuestos a arriesgarse ser expulsados del territorio nacional? Es urgente, y necesario, meditar acerca de lo que realmente requiere atención en primer lugar en cuanto a inmigración y menores se refiere.

2. Renovación de la autorización de residencia

Las autorizaciones de residencia se podrán renovar siempre y cuando sus circunstancias económicas como personales no varíen o se produzcan otras nuevas circunstancias.

La renovación deberá solicitarla el interesado sesenta días naturales al vencimiento de la fecha límite de su vigencia.

Cuando la Administración no contesta a la solicitud de renovación en el plazo de tres meses desde el momento de su presentación se entenderá por favorable, por lo que el extranjero nuevamente dispondrá de un mes para solicitar su TIE.

3. Extinción de la autorización para residir en España.

Los permisos de residencia se extinguirán sin ser necesario pronunciamiento administrativo:

-Por el transcurso del plazo para el que se hayan expedido.

-En Estados de excepción o de sitio, por estar obligado el residente extranjero a la renovación extraordinaria del permiso, de acuerdo con lo dispuesto por las autoridades competentes

-Por renuncia expresa o tácita de su titular.

Se extinguirá por resolución fundamentada del órgano competente para su concesión:

-Cambie o pierda su nacionalidad, sin perjuicio de que pueda solicitar otro permiso de residencia en atención a las nuevas circunstancias.

-Desaparezcan las circunstancias en base a su admisión.

-Por permanecer fuera de España más de seis meses de manera continuada.

-Que exista inexactitud grave de las alegaciones formuladas o documentación aportada por el titular.

-Que deje de poseer pasaporte, documento análogo o, en su caso, cédula de inscripción, válidos y en vigor, (salvo que tenga prueba de ello que está realizando trámite de renovación o recuperación).

-El residente extranjero deje de disponer recursos económicos o medios de vida suficientes, asistencia sanitaria garantizada o vivienda adecuada.

El cónyuge que hubiera adquirido la residencia en España por causa de familiar y sus familiares agrupados, conservarán la residencia, aunque rompan el vínculo matrimonial por el cual obtuvo el derecho a residencia.

En definitiva, es importante tener presente que los requisitos exigidos para la obtención de la residencia, en muchas ocasiones, se desvirtúan transformándose en obstáculos que imposibilitan el anhelo del extranjero de obtener una mejor calidad de vida en vista de que, para muchos de ellos, estos requisitos no solo son inalcanzables si no que carecen de coherencia respecto de sus circunstancias.

II. El tratamiento legal a los menores extranjeros que vienen a vivir a España de padres residentes: la reagrupación familiar

La intimidad familiar se encuentra regulada en el art. 16.1 de la LOEX: *“Los extranjeros residentes tienen derecho a la vida en familia y a la intimidad familiar en la forma prevista en esta Ley Orgánica y de acuerdo con lo dispuesto en los Tratados Internacionales suscritos por España”*. Enunciando esto, la LOEX declara que si eres

extranjero y residente gozarás de este derecho a la vida en familia y a su intimidad, sin embargo, discrimina de esta forma a los que no residen de manera legal sin que les asistan estos derechos fundamentales.

Por otro lado, en el marco de los tratados internacionales encontramos el Convenio para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, que no sigue este criterio y en su artículo 8 apartado 1 dice "*Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia*" sin hacer diferencias, para el disfrute de estos derechos, por la nacionalidad, origen o la posesión del permiso de residencia.

Continúa la LOEx en su artículo 16 apartado 2 estableciendo: "*Los extranjeros residentes en España tienen derecho a reagrupar con ellos a los familiares que se determinen en el artículo 17*".

El derecho a reagrupar a sus familiares, concretados estos en la ley, lo tiene cualquier persona que sea residente legal en España. En nuestro caso, ponemos el foco en los menores extranjeros que desean reunirse con sus padres,¹⁵ (Significado de derecho)¹⁶.

Uno de los requisitos para que la solicitud de reagrupación de estos menores sea aceptada es que sean hijos extranjeros del residente legal y del cónyuge, aplica igual para los hijos adoptados¹⁷, y, además, que sean menores de edad en el momento de entrega de la solicitud, nuestra Constitución Española, en su artículo 12¹⁸, establece la mayoría de edad en 18 años, salvo que estén afectados de discapacidad y, por su estado de salud, no tengan la capacidad de solventar sus propias necesidades. Si tan solo es hijo de uno de los cónyuges o miembros de la pareja, deberá desempeñar la patria potestad en solitario o debe habersele otorgado la custodia y estar a su cargo.

En el caso de los hijos adoptados, debemos tener en cuenta que, según el apartado 5 del artículo 9 de nuestro Código Civil¹⁹: "*...las adopciones constituidas por autoridades*

¹⁵ "Los extranjeros residentes tienen derecho a la vida en familia y a la intimidad en la forma prevista en la Ley de Extranjería, de acuerdo con lo dispuesto en los Tratados internacionales suscritos por España".

"A los familiares de los extranjeros residentes legales en España les corresponde una autorización de residencia temporal".

¹⁶ ORTEGA GIMÉNEZ, ALFONSO (Dir.) y HEREDIA SÁNCHEZ, LERDYS S (Coord.) y AA. VV *Manual Práctico Orientativo de Derecho Extranjería*. Aranzadi, Navarra, 2016, pág:33.

¹⁷ Artículo 4.1.b) de la Directiva 2003/86/CE "Los hijos menores del reagrupante y de su cónyuge, incluidos los adoptivos en virtud de una resolución adoptada por la autoridad competente del Estado miembro de que se trate o de una resolución ejecutiva en virtud de obligaciones internacionales de dicho Estado miembro"

¹⁸ Artículo 12 de la CE. Los españoles son mayores de edad a los dieciocho años.

¹⁹ Código Civil «Gaceta de Madrid» núm. 20, de 25/07/1889. BOE-A-1889-4763.

[https://www.boe.es/eli/es/rd/1889/07/24/\(1\)/.com](https://www.boe.es/eli/es/rd/1889/07/24/(1)/.com) Fecha de consulta: 13/04/2021.

*extranjeras surtirán efectos en España con arreglo a las disposiciones de la Ley de Adopción Internacional*²⁰ y además, los documentos referentes a la adopción deben ser traducidos al castellano, tal y como lo establece la Ley de Enjuiciamiento Civil²¹ en sus artículos 323²² y 144²³, para que la adopción se tenga carácter oficial con la condición de que la ley extranjera aplicada no sea contraria a nuestro ordenamiento jurídico (artículo 12 Código Civil).²⁴ Es ahora, cuando los menores adoptados y los biológicos acceden en igualdad de condiciones a la reagrupación familiar.

Para los supuestos del proceso de reagrupación si el menor, durante el curso del procedimiento, cumpliera la mayoría de edad, se tendrá en cuenta la edad a la que se inició el trámite y no la edad que tenga en la fecha de la resolución. Un ejemplo de ello es la siguiente noticia:

El TJUE sentencia que el derecho a reagrupación familiar debe aplicarse aún si el menor cumple 18 años durante el proceso.

Esta noticia despeja las posibles dudas de las que pudieran adolecer las administraciones cuando reciben las solicitudes de reagrupación familiar que incluyen menores cercanos a cumplir la mayoría edad, y es que esta sentencia no da lugar a equívoco y resuelve que la edad a tener en cuenta es la que tiene el menor a la fecha de la solicitud. De esta manera se favorece la reagrupación familiar, la protección a los nacionales de terceros países y, lo más importante, a los menores.

UNIVERSITAS
Miguel Hernández

²⁰ Ley de Adopción Internacional. La finalidad de esta ley es proteger los derechos de los menores que van a ser adoptados, considerando también los de las personas que se ofrecen para la adopción y demás personas implicadas en el proceso de adopción internacional.

²¹ Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil. «BOE» núm. 7, de 08/01/2000. BOE-A-2000-323. <https://www.boe.es/eli/es/l/2000/01/07/1/com> Fecha de consulta :12/04/2021.

²² Artículo 323 1. “A efectos procesales, se considerarán documentos públicos los documentos extranjeros a los que, en virtud de tratados o convenios internacionales o de leyes especiales, haya de atribuírseles la fuerza probatoria prevista en el artículo 319 de esta Ley”. 2. “Cuando no sea aplicable ningún tratado o convenio internacional ni ley especial, se considerarán documentos públicos los que reúnan determinados requisitos”. 3. “Cuando los documentos extranjeros a que se refieren los apartados anteriores de este artículo incorporen declaraciones de voluntad, la existencia de éstas se tendrá por probada, pero su eficacia será la que determinan las normas españolas y extranjeras aplicables en materia de capacidad, objeto y forma de los negocios jurídicos”.

²³ Artículo 144. Documentos redactados en idioma no oficial. 1.” A todo documento redactado en idioma que no sea el castellano o, en su caso, la lengua oficial propia de la Comunidad Autónoma de que se trate, se acompañará la traducción del mismo”. 2. “Dicha traducción podrá ser hecha privadamente, en tal caso, si alguna de las partes la impugnare dentro de los cinco días siguientes desde el traslado, manifestando que no tiene por fiel y exacta y expresando las razones de la discrepancia, el Letrado de la Administración de Justicia ordenará, respecto de la parte que exista discrepancia, la traducción oficial del documento, a costa de quien lo hubiese presentado, en caso contrario los gastos correrán a cargo de quien lo solicitó”.

²⁴ Artículo 12 del Código Civil. 3. “En ningún caso tendrá aplicación la ley extranjera cuando resulte contraria al orden público”.

Este fallo es crucial para entender los principios inspiradores de la reagrupación familiar (protección al menor, entre otros) y para evitar dilaciones innecesarias en los procedimientos que afectan a menores.²⁵

La reagrupación familiar está vinculada a los derechos fundamentales, teniendo como finalidad mejorar las condiciones para favorecer el derecho a la vida familiar y privada.

Un ejemplo de la contemplación de este Derecho, lo encontramos en la Declaración Universal de los Derechos Humanos, firmada en 1948 que prevé en su artículo 12 que “nadie será objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques a su honra o reputación. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra tales injerencias y ataques”.

En el Pacto Internacional de Derechos Económicos y Sociales y Culturales, se encuentra el artículo 10 mencionando a la protección de la vida familiar exponiendo que *“es el elemento natural y fundamental de la sociedad”* y por lo tanto se debe otorgar *“la más amplia protección y asistencias posibles, especialmente para su constitución (...) y “la educación de los hijos a su cargo”*.

Por otro lado, en la Convención sobre los derechos del Niño de 1989 se encuentra el artículo 10 cuyo propósito es proteger la infancia, ya sean de niños como adolescentes, para que puedan desarrollar su personalidad, y no sean separados de forma obligatoria de sus padres o de su familia, contra su voluntad.

De entre la población infantil y joven, una gran parte residen en nuestro país gracias a la reagrupación familiar o son menores que nacieron en España, siendo motivo de preocupación por las situaciones de riesgo de exclusión social que pueden crearse.

Otro punto esencial es enfatizar en el hecho de que son muchos los progenitores que obtienen la residencia legal en España, pero ésta, en ocasiones, no es permanente y, en la actual coyuntura, inmersos en la pandemia Covid-19, que la falta del empleo desgraciadamente es consabida, pueden perderla y verse obligados a iniciar de nuevo el proceso de regularización pese a llevar en nuestro país varios años. Esto afecta

²⁵ Noticia 5. El TUE dice que el derecho a reagrupación familiar debe aplicarse aún si el menor cumple 18 años durante el proceso.-El derecho-Sector Jurídico. [El TUE dice que el derecho a reagrupación familiar debe aplicarse aún si el menor cumple 18 años durante el proceso - El Derecho - Sector jurídico. https://elderecho.com/tue-dice-derecho-reagrupación-familiar-a-un-menor-cumple-18-años-proceso.](https://elderecho.com/tue-dice-derecho-reagrupación-familiar-a-un-menor-cumple-18-años-proceso)

Fecha de consulta: 18/05/21.

directamente al bienestar del menor y es cuando se evidencian los riesgos de exclusión en los distintos ámbitos (familiar, económico, jurídico, de la educación, etc.).

Para lograr que la reagrupación familiar sea efectiva es preciso tener en consideración la secuencia.

Permiso de residencia

Para poder realizar el trámite de reagrupación familiar, el reagrupante debe contar con el permiso de residencia para poder dar derecho al ejercicio de reagrupar.

En el artículo 3.1 de la Directiva 2003/86/CE indica que el reagrupante “será titular de un permiso de residencia expedido por un Estado miembro por un periodo de validez superior o igual a un año, y que tenga perspectiva fundada de obtener derecho a la residencia permanente”.

Los Estados miembros están obligados a través de la Directiva exigir un mínimo de un año de residencia, y máximo dos, para el que quiera solicitar la reagrupación familiar.

En la LO 4/2000, para los menores o cónyuge la renovación de una autorización de residencia inicial, será mínimo de un año, además siendo obligatorio por parte del reagrupante que la haya renovado su autorización de residencia.

En la Directiva 2003/86/CE artículo 56 indica que la residencia mínima será de un año y la solicitud de residencia de otro año más como mínimo.

-Requisitos

En la Directiva 2003/86/CE hay dos artículos, en concreto el 7 y el 8, que indican qué tipo de requisitos y condiciones se deben cumplir.²⁶

En artículo 7 de la Directiva menciona los requisitos que podrá (comprendiendo una voluntariedad haciendo referencia a las condiciones de una vivienda, un seguro de enfermedad y recursos económicos suficientes) aportar el reagrupante cuando vaya a tramitar la solicitud de reagrupación familiar. Según el Estado miembro del que se trate:

En primer lugar, debe tener una vivienda adecuada, disponiendo de seguridad y salubridad.

²⁶ Directiva 2003/86/C del Consejo, de 22 de septiembre de 2003, sobre el derecho a la reagrupación familiar. DOUE núm. De 251, de 3 de octubre de 2003, páginas 12 a 18 (7 págs.) DOUE-L-2003-8164. BOE.es - DOUE-L-2003-81614 Directiva 2003/86/CE del Consejo, de 22 de septiembre de 2003, sobre el derecho a la reagrupación familiar. Fecha consulta: 13/04/21.

En segundo lugar, debe disponer de un seguro de enfermedad que cubra todos los riesgos normalmente asegurados, para sí mismo y para todos los miembros de su familia.

En tercer lugar, debe tener recursos fijos y regulares suficientes para su propia manutención y la de sus miembros de familia, sin recurrir al sistema de asistencia social. Los Estados miembros evaluarán dichos recursos en función de su naturaleza y su regularidad y podrán tener en cuenta la cuantía de los salarios y las pensiones mínimos, así como el número de miembros de la familia.

Los Estados miembros podrán requerir que los nacionales de terceros países cumplan las medidas de integración de conformidad con la legislación nacional.

Con respecto al refugiado y a los miembros de su familia mencionados en el artículo 2, las medidas de integración mencionadas en el primer párrafo sólo podrán aplicarse una vez se haya concedido la reagrupación familiar a las personas de que se trate.

En el artículo 8 hace referencia a la residencia que tiene el reagrupante de permanencia constante.²⁷

Mencionado lo anterior, la Directiva enmarca cinco requisitos esenciales para obtener la autorización de la residencia pudiendo distinguir entre en quien recae la obligación (el reagrupante, dejando entre líneas que toda responsabilidad de cumplir esos requisitos recae sobre él) y en qué momento se deben cumplir, (al realizar la solicitud de reagrupación familiar).

Como se puede observar, la Directiva marca unos mínimos donde la facultad para la concesión de autorizaciones de residencia queda notablemente limitada y, por otro lado, estos criterios y requisitos complican y pluralizan los problemas a la hora de interpretar y aplicar la normativa. Es decir, sin un criterio unificado para la concesión de la autorización de residencia por reagrupación familiar, se tolera la interpretación de estos preceptos dando lugar a diferentes aplicaciones.

En el artículo 7.2 de la Directiva se expone que las medidas de integración se pueden solicitar incluso antes de producirse la reagrupación, haciendo excepción a los refugiados, a quienes se les aplicará este requisito una vez se conceda la reagrupación familiar. Su aplicación con anterioridad a la entrada de los miembros de la familia en territorio español

²⁷Artículo 8. “Los Estados miembros podrán requerir que el reagrupante haya residido legalmente en su territorio durante un período de tiempo, que no podrá superar dos años, antes de reagrupar a los miembros de su familia con él.

no parece coherente ni, en absoluto, eficaz, toda vez que es potestativa y cada país podrá definir las pautas que garanticen que se cumple esta integración (desde por conocimiento básico de la lengua hasta cursos de integración).

Requisito de la vivienda

Se trata de una residencia habitual por parte del reagrupante, y que más adelante compartirá con los familiares que reagrupe, así lo indica el artículo 7.1 de la Directiva 2003/86/CE.

En la LO 4/2000, en el artículo 18.2, se hace referencia a una vivienda adecuada, donde además se realizará un informe que resolverá si es favorable o desfavorable por parte de las CC. AA. o el Ayuntamiento.

En el reglamento del RD 557/2011 el artículo 55.2 desarrolla que la C. A. deberá emitir el informe y notificarlo al interesado en plazo máximo de treinta días desde que le sea solicitado y, el mismo será trasladado a la Oficina de Extranjería por medios electrónicos. Este mismo artículo, en su apartado 5, indica que el informe debe hacer referencia, al menos a, “título que habilite para la ocupación de la vivienda, número de habitaciones, uso al que se destina cada una de las dependencias de la vivienda, número de personas que la habitan y condiciones de habitabilidad y equipamiento”.²⁸

La vivienda por tanto será donde se ejerza el derecho a la vida familiar.

Como se puede observar el requisito de la vivienda es fundamental en la esfera de la reagrupación familiar pues facilitan la vida en común, y, por tanto, su integración social. Además, se debe tener en consideración que este requisito, en cierto modo, es subjetivo en el momento de revisar la solicitud de reagrupación, pues no serán igual para una familia de tres o cuatro miembros que para una de siete, puesto que las necesidades de espacio y recursos, así como la tipología de vivienda, serán diferentes.

Por otro lado, es evidente que para poder cumplir el requisito de la vivienda es necesario poseer unos ingresos económicos, que además deberán ser suficientes para satisfacer las necesidades del reagrupante y de su familia. Aquí vemos que vivienda e ingresos están irremediabilmente vinculados.

²⁸ Real Decreto 557/2011, de 20 de abril, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, tras su reforma por Ley Orgánica 2/2009. BOE núm. 103, de 30/04/2011. BOE-A-2011-7703. <https://www.boe.es/eli/es/rd/2011/04/20/557/1> Fecha consulta: 17/04/21.

Requisito relativo a los ingresos económicos

Se trata de uno de los requisitos más importantes, pues en el artículo 7.1 apartado c) de la Directiva 2003/8/CE expone *“recursos fijos y regulares suficientes para su propia manutención y la de los miembros de su familia, sin recurrir al sistema social del Estado miembro de que se trate. Los Estados miembros evaluarán dichos recursos en función de su naturaleza y de su regularidad y podrán tener en cuenta la cuantía de los salarios y las pensiones mínimas, así como el número de miembros de la familia”*.

Es por ello que, además, se encuentra regulado en el artículo 18.2 de la L. O. 4/2000: *“El reagrupante deberá acreditar que dispone de medios económicos suficientes para cubrir sus necesidades y los de su familia una vez reagrupada” además no se tendrán en cuenta los ingresos que provengan del sistema de asistencia social, sin embargo, sí se tendrán en cuenta los del cónyuge que conviva con él”*.

En el artículo 54 del reglamento de RD 557/2011 se hace mención al requisito de la vivienda y de los ingresos económicos suficientes.

Para reagrupar a un familiar se debe obtener una cuantía mínima del 150% IPREM y, en el caso de que haya en la vivienda dos personas, será el 50% más del IPREM por cada reagrupado más.²⁹

En el apartado 2 de este mismo artículo se deja patente que, en el caso de que se determine, sin lugar a dudas, que durante el año posterior a la presentación de la solicitud, no existe una perspectiva de mantenimiento en el tiempo de estos medios económicos, no se concederán las autorizaciones de residencia.

Además, en el apartado 4, indica que se considerarán ingresos los aportados por el cónyuge o pareja del extranjero reagrupante, o por familiar de primer grado siempre que convivan en el mismo domicilio y tengan la condición de residentes en España y aclara, que no se tendrán en cuenta los que provengan del sistema de asistencia social.

Como parte de la jurisprudencia española, la sentencia que en el siguiente párrafo presentamos, es un ejemplo de estos requisitos económicos que se exigen para optar a la reagrupación familiar y los criterios, a veces poco acertados, en los que se apoyan para aceptar o rechazar estas solicitudes. Esta sentencia es solo una anécdota entre tantos casos

²⁹ IPREM es el índice utilizado para determinar la acreditación de medios económicos en los trámites que se requiere.

en los que la amalgama legislativa y las contradicciones en su estudio dan lugar a resoluciones que más tarde, tras las alegaciones pertinentes y los largos procesos judiciales, han de ser despachadas en sentido contrario para evitar que se vulneren derechos tan frágiles como lo es la protección de la familia.

Una breve referencia a la jurisprudencia, nos sitúa en la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, del año 2018³⁰ en la cual se parte de que la resolución administrativa denegaba, a la actora, D^a. Genoveva, la solicitud de autorización de residencia temporal por reagrupación familiar de sus hijos: Angelina, Micaela y Marcelino. Desestimando el recurso en lo que el art. 54 del RD 577/2011 dispone en referencia a los medios económicos a acreditar por un extranjero para la obtención de una autorización de residencia por reagrupamiento a favor de sus familiares. Alega que deben valorarse los ingresos económicos que se establecen para unidades familiares de cuatro miembros, por lo que no se reúnen dichos requisitos legales para acceder a la reagrupación.

La solicitante recurre, en apelación a dicha sentencia dictada, y fundamenta su recurso alegando que la sentencia de instancia ha incurrido en un error en la valoración de las circunstancias; no valorando la posibilidad de minoración que ampara el artículo 54.3 del reglamento RD 557/2011 que reenvía a la Ley orgánica 1/1996 de 15 de enero de protección jurídica del menor.

La representación procesal de la Administración demandada se opone al recurso de apelación y solicita se confirme en sentencia de instancia por sus propios fundamentos. En consecuencia, y teniendo en cuenta otras sentencias de otros Tribunales Superiores de Justicia y Juzgados de lo Contencioso Administrativo, confirma la resolución recurrida declarando el derecho de la parte apelante a que la Administración demandada le conceda la autorización solicitada y otorgue el permiso de residencia por reagrupamiento respecto de los tres hijos menores de la solicitante.³¹

Desafortunadamente son muchas las ocasiones en que las administraciones, en este caso la de justicia, pueden cometer errores que, en la materia que nos ocupa, pueden dar lugar a tragedias familiares o errores de muy difícil o imposible reparación, como por

³⁰ STSJ GAL 1408/2018³⁰ -ECLI:ES: TSJGAL:2018:1408

³¹ Sentencia 1 del Tribunal Superior de Justicia de Galicia. N.º de Recurso: 174/2017 N.º de Resolución: 148/2018.

ejemplo decidir que un menor no pueda disfrutar su infancia en un entorno familiar, estable y seguro. Es importante establecer unas directrices comunes y echar mano de la jurisprudencia en estos casos, pues es fácil pasar por alto beneficios como la minoración en la cuantía de los ingresos y sentenciar a la ligera la no reagrupación dejando al desamparo los derechos de los menores y su protección jurídica. Aunque, si bien es cierto, nuestro sistema judicial ofrece la posibilidad de recurrir las sentencias dictadas en primera instancia y, por tanto, remendar posibles errores, este segundo litigio a menudo supone un desgaste psicológico innecesario para las familias debido a las dilaciones a las que es habitual que los procesos judiciales se vean sometidos. Insistimos, por tanto, en que lo primordial, sobre todo cuando hay menores, es promover procedimientos sumarios, ágiles y con todas las garantías para, a su vez, evitar generar otros problemas derivados de este como pueda ser la residencia ilegal.

Requisito relativo al seguro de enfermedad

Este requisito se establece para que el inmigrante no suponga un gasto ni exista un abuso del sistema de la Seguridad Social del Estado miembro de acogida. Hay que remarcar que en el momento de la solicitud no se exige la presentación de la existencia de este seguro, sin embargo, en el artículo 54 se hace referencia a que el solicitante deberá poder sufragarse los gastos sanitarios propios y de su familia, en el caso de no estar cubiertos la Seguridad Social.

Además, la Directiva 2003/86/CE, concretamente en el artículo 7, apartado 1 b), establece que los Estados Miembros podrán requerir “un seguro de enfermedad que cubra todos los riesgos normalmente asegurados (...) para sí mismo y para los miembros de su familia”.

Requisito sobre nivel de integración

Este requisito se cumple a partir del momento en el que el menor está reagrupado con sus padres, una vez que entrado al Estado miembro y obtiene la residencia (art 7.1 de la Directiva 2003/86/CE).

Para ello el artículo 18 de la LO 4/2000 expone lo siguiente: “*Las Administraciones públicas promoverán la participación de los reagrupados en programas de integración social-cultural y de carácter lingüístico*”.

Además en artículo 18.3 de la LO 4/2000 especifica claramente que en el caso de los menores para su integración presume que “Cuando los familiares a reagrupar sean menores en edad de escolarización obligatoria, la Administración receptora de las solicitudes deberá comunicar a la autoridades educativas competentes una previsión sobre los procedimientos iniciados de reagrupación familiar, a los efectos de habilitar las plazas necesarias en los centros escolares correspondientes”, demostrando así el derecho de acceso a la educación y a su vez de integración.

El reglamento del RD 557/2011 desarrolla, en referencia a las medidas de integración, que se podrán aportar documentos de dicha integración en la sociedad española para reforzar la documentación en caso de duda al presentar los requisitos (art. 61.7), haciendo mención a que se puede alegar, por el extranjero, un esfuerzo de integración para el caso de renovación de la autorización de residencia por reagrupación familiar, debiendo ser aprobado por las CC. AA. donde resida el reagrupado.

Si reflexionamos sobre este requisito comprenderemos que es importante, pero, a su vez, puede suponer un obstáculo insalvable para aquellas personas que, aun mostrando interés por el castellano, lengua oficial del Estado, no hayan tenido la oportunidad de asistir a niveles básicos de educación en sus países de origen y se vean incapaces de cumplir este requisito, o un examen de conocimientos, por diferencias culturales y sobre todo, educativas. Es imprescindible impulsar la reagrupación en edades tempranas para permitir que los menores desarrollen su personalidad en el respeto a los principios democráticos de convivencia y a los derechos y libertades fundamentales, tal y como establece nuestra Constitución en su artículo 27.

Procedimiento.

Los menores extranjeros no nacidos en España, hijos de extranjeros residentes legales en España, para obtener el permiso de residencia a través del procedimiento legal de reagrupación familiar, dependen del régimen administrativo que establezca cada estado miembro.

La normativa aplicable para tramitar este procedimiento es la Directiva 2003/86/CE, concretamente, en su artículo 5 establece “*la obligación de iniciar el proceso mediante solicitud del interesado en el reagrupamiento familiar junto con la presentación de la documentación preceptiva*”. Además, este mismo artículo en su apartado 3 estipula que “*la solicitud será admisible y examinada si los miembros de la familia a los que se quiere*

reagrupar residen fuera del Estado Miembro donde reside el solicitante". En este mismo apartado, deja abierta la posibilidad de aceptar determinados casos de manera excepcional cuando los miembros de la familia se encuentren en su mismo Estado Miembro.

El artículo 13, de la misma directiva, indica que, *"una vez aceptada la reagrupación familiar, el Estado miembro permitirá la entrada del familiar o familiares y les dará toda clase de facilidades para la obtención de los visados necesarios"*. En este caso, el menor deberá estar acompañado de un adulto y se solicitará en la Embajada o Consulado del Estado miembro del país en que se encuentre.

Además, el Estado miembro les expedirá un permiso de residencia que tendrá una duración mínima de un año, renovable y su fecha de caducidad de este no podrá ser superior a la del permiso de residencia que tenga el reagrupante.

Presentación de la solicitud.

Las solicitudes, junto con la documentación exigida, para la reagrupación familiar se reciben en la Oficina de Extranjería desde donde se inicia el procedimiento para su resolución.

La Directiva 2003/86/CE, de 22 de septiembre habla, en su capítulo III; acerca la solicitud de entrada y residencia y el examen que se hace la misma para hacer valer el derecho a la reagrupación familiar. Es en el artículo 5 donde indica que *"la podrán presentar tanto el reagrupante como el miembro o miembros de la familia (siendo menos favorable la Ley 4/2000 de 11 de enero que reconoce este derecho solo al reagrupante) y, además, cuando los miembros de la familia residan en un Estado miembro distinto de en el que resida el reagrupante también se examinará"*.

La aceptación de la solicitud por parte del Estado miembro supone la autorización para entrar a su territorio, y expedirá a los familiares su primer permiso de residencia que tendrá una validez de un año, renovable.

La solicitud viene a ser un informe donde quedan reflejados los datos del solicitante y además se anexará la documentación exigida como forma de control de cumplimiento de los requisitos exigidos.

La incorporación de esta Directiva europea a nuestro ordenamiento jurídico supone adecuar nuestra normativa a sus preceptos, en algunas ocasiones más favorable y en otras menos en cuanto a los requisitos exigidos a los interesados, no obstante, la propia

directiva en su artículo 20 indica que, hasta el pasado 03 de octubre de 2005, podía ser modulada por los Estados miembros, por lo que cada uno de ellos ha desarrollado la misma aplicando distintas exigencias en los requisitos para la reagrupación familiar, documentos solicitados o tramitación del procedimiento, siempre tomando como base a la Directiva mencionada. el capítulo III de la Directiva 2003/86/CE.

La Ley Orgánica 4/2000 de 11 enero sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, sí menciona requisitos más concretos para el menor que se acoge a la reagrupación como, por ejemplo, cuando en su artículo 18 apartado 3 establece la preceptiva escolarización del menor cuando está su escolarización sea obligatoria en nuestro país; para cumplir esto, la Administración receptora de la solicitud de reagrupación debe informar a las autoridades educativas sobre una previsión de iguales procedimientos iniciados para así disponer de las plazas necesarias en los centros escolares.

También encontramos en el artículo 56 del Real Decreto 557/2011, de 20 de abril, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, una descripción del procedimiento para la autorización de residencia por reagrupación familiar y la documentación necesaria que deberá aportar tanto el reagrupante como el reagrupado indicando que solo se podrá presentar *"cuando el extranjero reagrupante tenga autorización para residir en España durante un año como mínimo y solicitado la autorización para residir por, al menos, otro año"*.

Documentación requerida.

La documentación que se exige debe ir acompañada de la solicitud de reagrupación familiar establecido así en el artículo 56.3 del RD 557/2011.

Toda la documentación que se solicita debe estar traducida en el idioma oficial del Estado Español.

La documentación acreditativa de los requisitos tiene una importancia fundamental ya que si se extraviara o faltase algún documento se denegaría la solicitud de dicha residencia al menor. Por lo tanto, tan importante es cumplir los requisitos legales como probar su veracidad cuando se solicita la autorización de residencia en favor de los miembros de la familia que desee.

Documentación requerida por parte de reagrupante:

-Deberá presentar el original y copia de la totalidad de su pasaporte para comprobar la residencia legal del reagrupante y que cumple con el tiempo estipulado, además, podrá aportar también un “documento de viaje o cédula de inscripción del solicitante en vigor” art56.3.

-Documentación acreditativa de la vigencia del matrimonio o de la relación análoga a la conyugal. (Unión familiar).

-Acreditación de que cuenta con asistencia sanitaria.

-Informe emitido por las autoridades autonómicas competentes que acredite la escolarización de los menores de edad sujetos a escolarización obligatoria que estén a su cargo.

-Vivienda adecuada con certificado del Ayuntamiento, si ha cambiado de domicilio lo debe notificar.

-Copia compulsada de que el reagrupante cuenta con empleo y/o recursos económicos suficientes para atender las necesidades de su familia, y para ello deberá presentar:

En caso de realizar actividad lucrativa por cuenta ajena:

-Copia del contrato de trabajo

-Declaración del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas correspondiente al año anterior.

En caso de realizar actividad lucrativa por cuenta propia:

-Acreditación de la actividad que desarrolla.

-Declaración del impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas correspondientes al año anterior.

Si no se realiza actividad lucrativa en España: cheques certificados, cheques de viaje, o cartas de pago o tarjetas de crédito acompañadas de una certificación bancaria de la cantidad disponible como crédito.

Trámites para solicitar el Visado ante la Autoridad Consular o Embajada.

Admitida la autorización de residencia por reagrupación familiar, la Directiva 2003/86/CE indica en el artículo 13 “*El Estado miembro del que se trate autorizará la*

entrada del miembro de la familia” añadiendo que se le otorgará todo tipo de facilidades a toda clase de persona para que pueda obtener el visado”. ³²

Es importante tener en cuenta que, una vez que el menor se encuentre en territorio español, el padre o la madre deberá solicitar el visado en la Oficina Consular de España en el plazo de un mes para la tramitación de la tarjeta de identidad de extranjeros (TIE), que será la que le otorgue la entrada y salida de España mientras que no supere el tiempo permitido fuera del país, de lo contrario no se le permitirá entrar de nuevo al Estado español, además para solicitar dicha tramitación deberá ser acompañada de una serie de documentos que de nuevo volverán a ser ensayados por la Oficina Consular añadiendo también en este caso, documentos que puedan ayudar en el procedimiento de la TIE (art57.2).

Este procedimiento lo encontramos regulado en el RD 557/2011, de 20 de abril, concretamente en el artículo 57³³ (Tramitación del visado en el procedimiento de reagrupación familiar) y el artículo 58.1 (Entrada en territorio español).

Documentos que se debe aportar para tramitar la obtención del visado:

-Pasaporte ordinario o título de viaje, reconocido como válido en España, con una vigencia mínima de cuatro meses.³⁴

-Certificado de antecedentes penales o documento equivalente, en el caso de solicitante mayor de edad penal, que debe ser expedido por las autoridades del país de origen o del país o países en que haya residido durante los últimos cinco años y en el que no deben constar condenas por delitos previstos en el ordenamiento español.

³² “Diligencia que la autoridad competente pone en un pasaporte o en otro documento para certificar que lo ha revisado y autorizado”.

³³ Artículo 57.1 “En el plazo de dos meses desde la notificación al reagrupante de la concesión de la autorización, el familiar que vaya a ser reagrupado deberá, en su caso, solicitar personalmente el visado en la misión diplomática u oficina consular en cuya demarcación resida. El Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación, si media causa que lo justifique, podrá determinar la misión diplomática u oficina consular diferente a la anterior a la que corresponda presentar la solicitud de visado”

“Excepcionalmente, en aplicación de lo dispuesto en el primer párrafo del apartado 2 de la disposición adicional tercera de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, la misión diplomática u oficina consular aceptará la presentación por representante legalmente acreditado cuando existan motivos fundados que obstaculicen el desplazamiento del solicitante, como la lejanía de misión u oficina, dificultades de transporte que hagan el viaje especialmente gravoso o razones acreditadas de enfermedad o condición física que dificulten sensiblemente su movilidad”.

³⁴ El título de viaje es un documento que permite a los extranjeros que se encuentren en España y que estén documentados mediante una cédula de inscripción previa para poder salir del territorio español con destino a los países que se especifiquen para posteriormente poder regresar al territorio español.

-Documentación original que acredite los vínculos familiares o de parentesco o de la existencia de la unión de hecho y, en su caso, la edad y la dependencia legal.

-Certificado médico con el fin de acreditar que no padece ninguna de las enfermedades que pueden tener repercusiones de salud pública graves de conformidad con lo dispuesto en el Reglamento Sanitario Internacional de 2005.

Causas de denegación.

Las causas de denegación del visado lo encontramos regulado en el artículo 57.3 del RD 557/2011 debido a:

-porque no se cumplan los requisitos exigidos.

-cuando la documentación entregada no es legal o existe mala fe.

-cuando exista causa prevista legal de inadmisión y no se repercute a la Oficina Extranjería.

La Oficina Consular deberá informar en este caso a los padres del menor (representantes legales) en el plazo de dos meses desde la resolución.

En caso de ser favorable dispondrán de dos meses para recoger el visado (artículo 57.54) y en caso de no recoger el visado se entenderá que se ha renunciado al visado, por lo tanto, se debería de nuevo comenzar el trámite de reagrupación familiar.³⁵

Como se puede comprobar hacemos mención al RD 557/2011 en diferentes artículos (57, 58, 59), sin embargo, apenas mencionamos a la Directiva 2003/86/CE y esto es debido a que no hace ninguna referencia respecto a la reagrupación familiar, excepto en su artículo 6 donde expone las causas de denegación por razones de salud pública, orden público o seguridad pública, incluidos para los casos de renovación o extinción de oficio.

Durante la preparación de este estudio, encontramos la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid que en el siguiente párrafo exponemos. En ella podemos constatar cómo, a veces, la administración aplica la ley de manera arbitraria y desestima la autorización de visado a la solicitante al obviar las causas de denegación anteriormente

³⁵ “Constituirá causa de inadmisión a trámite de la solicitud de visado y, en su caso, de denegación, el hecho de que el extranjero se hallase en España en situación irregular, evidenciado por el poder de representación o por datos que consten en la Administración”.

mencionadas. Tras la incoación del recurso contenciosos administrativo por parte de la solicitante, se autoriza este visado al no haber incurrido en causa alguna de denegación.

Veamos a continuación otra sentencia que refleja el tratamiento de esta cuestión por parte de nuestros tribunales, se trata de la Sentencia dictada por el Tribunal Superior de Justicia de Madrid en el año 2018 ³⁶: extranjero residente legal en España con nacionalidad de Filipinas, impugna por medio de este recurso contencioso administrativo la resolución denegada, tras reproducir el literal del artículo 57.3b) del RD 557/2011 en que se adjunta copia del acta de la entrevista, firmada por el solicitante con la documentación presentada y de las declaraciones de la solicitante no queda debidamente justificado el vínculo familiar entre éste y la reagrupante, por lo que la parte recurrente impugna dichas resoluciones recurridas añadiendo, en esencia, que con la documentación obrante en autos y del resultado de la prueba de ADN se concluye que la solicitante es hija biológica de la actora menor de 18 años cuando se realiza el procedimiento de reagrupación familiar por lo que legalmente tiene derecho a obtener el visado solicitado. Art 17.1.b) LO 4/2011 dispone que *“son reagrupables los hijos del residente y del cónyuge, siempre que sean menores de dieciocho años”*.

Por lo que se resolvió a conceder autorización de residencia temporal inicial por reagrupación familiar, teniendo el legítimo derecho a obtener el visado solicitado.

Las dudas expresadas sin base o concreción alguna, existiendo autos y documentación entregada por la solicitante, incluyendo el resultado de prueba de ADN, permite concluir de modo indudable la existencia de una relación maternal-filial entre la reagrupante y la hija que pretende reagrupar, no pudiendo constituir una causa legal de denegación de visado.

Es por ello que el TSJ de Madrid, estima el recurso contencioso administrativo con condena en costas a la Administración demanda.³⁷

Sorprende cómo una vez más nos encontramos con un caso en el que la solicitante cumple inicialmente los requisitos, estrictos, debemos añadir, y es la administración la que deniega la reagrupación familiar apoyando su resolución en suposiciones infundadas

³⁶ STSJ MAD 912/2018 -ECLI:ES:TSJGAL:2018:912

³⁷ Sentencia 2 del Tribunal Superior de Justicia de Madrid. Sala de lo Contencioso. N.º de Recurso: 312/2018 N.º de Recurso: 763/2019

que dificultan, aún más si cabe, la concesión de la reagrupación. Debemos insistir en la unificación de los criterios y en evitar la arbitrariedad a la hora de estimar o desestimar los visados, autorizaciones de residencia, reagrupaciones, etc para prevenir situaciones de desamparo y discriminación.

En todos los países se realizan entrevistas o cualquier tipo de actos de información destinados a despejar dudas acerca del reagrupante y los miembros de su familia; a veces se llegan a realizar pruebas de ADN como en el caso anterior mencionado para poder permitir justificar los vínculos (como en España, Países Bajos, Italia, Francia, Bélgica, Lituania, Austria, Finlandia o Alemania)



CAPÍTULO 2. ANÁLISIS DEL PROCEDIMIENTO LEGAL PREVISTO PARA LOS MENORES HIJOS DE RESIDENTES LEGALES QUE HAN NACIDO EN ESPAÑA.

I. Régimen Jurídico aplicable para obtener la residencia

Residencia del hijo nacido en España de residente.

El artículo 185 del Reglamento de extranjería regula la situación del hijo nacido en España de residente extranjero. El citado artículo contempla tres supuestos. En el primero establece que los hijos nacidos en España de extranjero que se encuentren residiendo en España adquirirán automáticamente la residencia de la que sea titular cualquiera de los progenitores. De ahí que los padres, bien los dos o uno de ellos deberá solicitar “personalmente” la autorización de residencia para el hijo desde que tuviera el lugar el nacimiento o desde que alguno de sus progenitores acceda a la situación de residencia, acompañando original y copia del certificado de nacimiento

En el segundo apartado establece el supuesto de los hijos nacidos en España de padre o madre reconocidos como refugiados o beneficiarios de protección reconocida. Pueden optar entre solicitar la extensión familiar del derecho de protección internacional o una autorización de residencia, en función del interés superior del menor.

En el tercer y último supuesto recoge el caso del hijo nacido en España de un extranjero titular de una autorización de residencia por reagrupación familiar en condición de descendiente de otro residente, el hijo adquirirá la misma autorización de residencia por reagrupación familiar dependiente de su ascendiente.

No debemos olvidar la importancia de esta regulación, ni tampoco las sentencias que a favor de menor se han dictado, en cuanto a la consideración de la fecha del inicio de la solicitud para resolver en un sentido u otro. Recordamos que, aunque durante el transcurso del procedimiento el menor alcance la mayoría de edad, el órgano competente para resolver siempre tendrá en cuenta la edad que tenía al inicio del procedimiento.

Residencia del hijo no nacido en España de residente

En el artículo 186 del Reglamento de extranjería se contempla a los menores que no han nacido en España, así como los menores sujetos legalmente a tutela de un ciudadano o institución españoles o por un extranjero residente legal en España, que podrán obtener autorización de residencia siempre y cuando se cumplan una serie de requisitos exigidos por la ley para ejercer el derecho a la reagrupación familiar.



Ley de Extranjería y Reglamento del Régimen General.

La norma suprema de nuestro ordenamiento jurídico; la Constitución española de 1978, hace referencia en varios de sus artículos al compromiso de los Poderes Públicos con los derechos y libertades de los ciudadanos, así como con los menores y la familia.

En su artículo 9 deja constancia de que tanto los Poderes Públicos como los ciudadanos estamos sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico, expresando, de igual forma la responsabilidad de los primeros para que la libertad y la igualdad sean "*reales y efectivas*".

Asimismo, establece en su artículo 12 la mayoría de edad de los españoles en los 18 años y, finalmente, en el artículo 39 obliga a los Poderes Públicos a asegurar la protección de la familia tanto en el ámbito jurídico, social como económico. En su punto 4, otorga a los niños la protección de sus derechos que los acuerdos internacionales les ofrecen.

El régimen que se aplica a los menores extranjeros en España es la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, y, por consiguiente, el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, aprobado por RD 557/2011, de 20 de abril. Se orquesta, por tanto, un régimen jurídico integral, que, en el caso de los menores, resulta de especial interés pues se regula el procedimiento de repatriación del menor, con una fuerte intervención del Ministerio Fiscal, y el tránsito de la minoría a la mayoría de edad y la normativa al respecto.

Actualmente existen diferentes órganos y una gran relación por parte de la Administración para conocer las situaciones de los menores.

Hay diferentes autorizaciones reguladas normativamente y que se pueden tramitar en favor de los menores extranjeros, bien por sus padres o bien por un representante legal, según en la situación en la que se encuentre el menor.

Diferenciamos entre los menores no nacidos en España, los menores que sí que nacen en España y las autorizaciones de residencia de menores no acompañados.

En este estudio nos vamos a centrar en las diferencias que existen entre los menores nacidos en España de los menores no nacidos en España ambos de padres residentes legales en el Estado español.

1. Requisitos exigibles cuando el menor ha nacido en España

Cuando los padres residentes legales quieren solicitar la residencia de su hijo por nacer en España le exigen nada más que tres requisitos. El primero es que el hijo no sea ciudadano comunitario, ni familiar de ciudadano de un Estado de la Unión Europea, del Espacio Económico Europeo o de Suiza al que le sea de aplicación el régimen de ciudadano de la Unión, en segundo lugar, el hijo menor debe haber nacido en territorio

español y, por último, pero no menos importante que dos o al menos uno de los progenitores sean residentes legales en España.

Para poder llevar a cabo este procedimiento, tendrá que, al menos uno de los dos progenitores interesados solicitarlo y una vez que se haya concedido la autorización de residencia del menor se obtendrá el plazo de un mes para poder solicitar personalmente la Tarjeta de Identidad de Extranjero. La solicitud que deberá rellenar será el modelo oficial EX:17.

-Documentación exigible residencia del hijo residente legal nacido en España:

Para proceder a la tramitación de la residencia del hijo nacido en España de padres residentes legales en territorio español deberán presentar las copias de los documentos junto con los originales en el momento que ya tengan preparada la solicitud para el requerimiento de dicha residencia.

La solicitud a rellenar deberá imprimirse dos veces y estar correctamente cumplimentada además de firmada por el padre o la madre del menor.

Dicha solicitud puede ser de tres tipos:

1. Si la solicitud es por residencia temporal deberá rellenar un formulario, que será el modelo: EX -01.
2. Si es por residencia de larga duración el modelo será: EX – 11.
3. Si solicita residencia por reagrupación familiar la solicitud a rellenar por el reagrupante será: EX -02.

Además, se deberá llevar la copia del pasaporte completo o del título de viaje o cédula y la inscripción del menor deberá estar en vigor. También se les requerirá el documento del certificado del nacimiento del menor para poder acreditar que el menor es hijo de ambos progenitores.

Para todos los trámites, aquellos documentos que procedan de otros países, deberán estar traducidos al castellano o lengua cooficial del territorio donde se presente la solicitud, de lo contrario, la solicitud no será admitida.

Todo documento público extranjero deberá ser previamente legalizado por la Oficina consular de España con jurisdicción en el país en que se ha expedido dicho documento y

por el Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación salvo en el caso de que dicho documento haya sido apostillado por la Autoridad competente del país emisor según (el Convenio de la Haya de 5 de octubre de 1961) y que esté exento de legalización en virtud de Convenio Internacional.

-Procedimiento:

Para otorgar la residencia legal del menor que ha nacido en España de padres residentes legales es necesario realizar un procedimiento regulado en la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su Integración social, regulados en los artículos (16, 17, 18, 19 y 31) y por el Reglamento de la ley Orgánica 4/2000, aprobado por Real decreto 557/2011, de 20 abril (artículo 185).

Para poder realizar el procedimiento se debe llevar a cabo unas pautas a seguir, en primer lugar, conocer los requisitos, adjuntar toda la documentación exigida y cumplimentada y, finalmente, presentar dicha documentación, junto la solicitud, bien por el padre, madre o ambos progenitores para obtener la residencia legal del menor.

El formulario exige todos los datos del o de los solicitantes, y el informe debe estar completo, de no ser así no se realizará dicho trámite. A continuación, la solicitud deberá ser entregada en la Oficina de Extranjería de la provincia en la que el menor extranjero tenga el domicilio fijado. La solicitud se presentará cuando el menor haya nacido o cuando alguno de los padres acceda a la situación de residencia legal.

Para este trámite se solicita el abono de una tasa de residencia que se realizará una vez admitida la solicitud y en el plazo de diez días hábiles. Se debe distinguir entre:

- Si se trata de una residencia temporal deberá rellenar la solicitud del modelo 790 Código 052 epígrafe 2.1 “Autorización inicial de residencia temporal”.
- Por el contrario, si se trata de una residencia de larga duración deberá rellenar la solicitud el modelo 790 Código 052 epígrafe 2.6 “Autorización de residencia de larga duración y autorización de residencia de larga duración-UE”.

En un plazo de un mes y medio la Oficina de Extranjería se comunicará con el interesado para que conozca la resolución del procedimiento por residencia y en caso de que no se comuniquen con el solicitante se entenderá que la solicitud ha sido desestimada por silencio administrativo.

Cuando el menor nace en España, de padres residentes legales, automáticamente adquiere la residencia de sus progenitores y los mismos derechos que tengan sus padres, sin necesidad de la exención del visado.

Disponen, una vez autorizada la solicitud, de un mes para poder realizar el trámite de la Tarjeta de Identidad de Extranjero en la misma Oficina de Extranjería o en la misma Comisaría de Policía.

Para proceder a la petición de la TIE es necesario que los solicitantes:

1. Exhiban en el momento del trámite el pasaporte o título de viaje o cédula de inscripción del menor para acreditar la identidad.
2. Rellenen la solicitud de tarjeta de identidad de Extranjero, en modelo oficial (EX17)
3. Aporten justificante del abono de la tasa de la tarjeta.
4. Faciliten tres fotografías recientes en color, en fondo blanco, tamaño carné.

Una vez que cumpla el periodo de residencia y tenga que renovar la estancia, los trámites y el procedimiento se realizarán igual que está establecido para las autorizaciones de residencia de los familiares reagrupados.

Las autorizaciones de residencia concedidas habilitan para trabajar sin necesidad de ningún trámite administrativo cuando los titulares alcancen la edad laboral.

2. Derecho de los menores al residir en España

Los derechos de los menores se recogen en la Declaración Universal de los Derechos³⁸ del Niño, el ordenamiento jurídico lo recoge en la Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor³⁹ y en la Ley Orgánica de Extranjeros.

La minoría de edad se protege en base al principio de interés superior del menor, entendido como principio general del Derecho, lo que se deduce de las múltiples normas

³⁸ Expresa que todas las personas deben reconocer el derecho de los niños a contar con los medios necesarios para su desarrollo, a recibir ayuda especial en épocas de necesidad, a tener prioridad en las actividades de socorro, a gozar de libertad económica, protección contra la explotación...Aprobada el 20 de noviembre por la Asamblea de las Naciones Unidas.

³⁹ Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, modificación parcial del Código Civil y Enjuiciamiento Civil, en adelante Ley Orgánica Jurídica del Menor, que, garantiza a los menores una protección uniforme en todo el territorio del Estado, y que ha servido de referencia a la legislación que las Comunidades Autónomas han ido aprobando de acuerdo a su competencia en materia de asistencia social, servicios sociales y protección pública de menores.

civiles que lo recogen, así como por parte de la reiterada jurisprudencia. El interés superior del niño constituye un derecho, un principio y una norma de procedimiento.

Se trata de un concepto jurídico indeterminado, que sirve para adaptar los diferentes supuestos de hecho a la norma.

Si atendemos, además, a la Declaración de los Derechos del Niño, establece en el principio número uno: *"El niño disfrutará de todos los derechos enunciados en esta declaración.*

Estos derechos serán reconocidos a todos los niños sin excepción alguna ni distinción o discriminación por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento u otra condición, ya sea del propio niño o de su familia". El interés superior del menor es, por tanto, para "el niño" como individuo, pero también como grupo, y abarca a niños nacionales y niños extranjeros acompañados o no".

En consecuencia, los Estados tienen la obligación de velar y considerar como un valor fundamental el interés superior de los niños en todas las medidas que les conciernan, visto como derecho colectivo y como derecho individual.

La LOEX reconoce el derecho a la documentación, derecho a la educación, derecho a los servicios sociales y el derecho a la sanidad.

Algunas regulaciones del Reglamento de la LOEX en su título VIII *"Menores extranjeros"*:

- En su artículo 39 propugna en derecho y el deber a la educación a los menores extranjeros en igualdad de condiciones que los españoles, esto es, una enseñanza básica que será obligatoria y gratuita (al igual que lo establece el artículo 27 de la Constitución española para "todos"). También tendrán derecho, en igualdad a los españoles, a la obtención de la titulación académica que corresponda en su caso y a acceder al sistema público de becas y ayudas.

- El artículo 12 garantiza a los extranjeros, que sean menores de 18 años y se encuentren en España, el derecho a la asistencia sanitaria en las mismas condiciones que un ciudadano español.

- La reagrupación se trata en el artículo 17 donde estos menores son tratados como sujetos pasivos en relación con sus progenitores o tutores para el ejercicio de este derecho.

Por otro lado, cabe destacar dos tipos de previsiones de la Directiva 2003/86/CE del Consejo de 22 de septiembre de 2003 sobre el derecho a reagrupación familiar:

-La primera de ellas da la posibilidad de limitar el derecho a la reagrupación familiar a menores de más de 12 años que tengan su residencia principal en lugar distinto a la de su reagrupante, para así evidenciar la capacidad de integración de los niños en edad temprana y garantizar que se nutran en el colegio de la educación y conocimientos lingüísticos necesarios.

-La segunda ofrece a los Estados Miembros la posibilidad de, excepcionalmente, exigir que las solicitudes de reagrupación de los hijos menores se presenten antes de los 15 años de edad.

Los menores tienen derecho a recibir educación, que será gratuita y obligatoria (principio VII de la Declaración Universal de los Derechos del Niño) escolarización en los ciclos obligatorios (Primaria y Secundaria) y a la postobligatoria (Bachillerato).

El menor tendrá el derecho al acceso universal de los beneficios del sistema sanitario español, a crecer y desarrollarse en buena salud, hasta que cumpla la mayoría de edad.

El menor tiene derecho a nombre y a una nacionalidad, en el momento que el padre o la madre han adquirido la nacionalidad española, se podrá optar por la nacionalidad hasta que cumpla los 20 años de edad (20.2.c Código civil.)

Haciendo referencia a la reagrupación de los hijos, recae sobre los hijos menores de edad, que dependen, como es lógico entender, no solo económicamente sino por razón del derecho a la vida familiar y a la educación al entorno de sus progenitores. Son considerados estrictamente dentro del régimen de la familia nuclear hasta el día en que consiguen la mayoría de edad, por lo que el lazo familiar varía sustancialmente.

En referencia a las medidas de integración, en el reglamento del RD 557/2011 se establece que se podrán aportar documentos de dicha integración en la sociedad española para reforzar la documentación en caso de duda al presentar los requisitos (art. 61.7), haciendo mención a que se puede demostrar un esfuerzo de integración para el caso de renovación de la autorización de residencia por reagrupación familiar, siendo aprobado por las CC. AA. de donde resida el reagrupado.

En nuestro ordenamiento jurídico también encontramos la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio⁴⁰, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, en la que se enumeran derechos de todos los menores de edad que se encuentren en España, sin hacer distinción en cuanto a su situación administrativa. Así, en su artículo 2 nos habla del interés superior del menor, que debe ser *"valorado y considerado como primordial en todas las acciones y decisiones que le conciernan tanto en el ámbito público como privado"*. Así vemos, que involucra y obliga a los Poderes Públicos en la protección de los derechos e intereses legítimos del menor. Además, facilita unos criterios generales para interpretar, según las circunstancias concretas y sin olvidar la legislación específica, el interés general. Ejemplos de estas directrices a tener cuenta son:

-La protección del derecho a la vida, supervivencia y desarrollo del menor y la satisfacción de sus necesidades básicas, tanto materiales como físicas y educativas como emocionales y afectivas.

-Considerar los deseos, sentimientos, y opiniones del menor y su derecho a participar progresivamente, teniendo en cuenta su edad y madurez, de su interés superior.

-El desarrollo en un entorno familiar adecuado y libre de violencia. Priorizando la permanencia en su familia de origen y preservando el mantenimiento de sus relaciones familiares, siempre que sea posible y positivo para el menor.

-Preservar la identidad, cultura, religión convicciones, orientación e identidad sexual o idioma del menor.

Estos criterios serán ponderados según la edad y madurez del menor, necesidad de garantizar su igualdad y no discriminación por su especial vulnerabilidad (maltrato, carencia familiar, etc.), necesidad de efectiva integración y estabilidad, la preparación en el tránsito a la edad adulta y otros elementos que puedan ser considerados pertinentes en cada supuesto concreto.

Ya en el artículo se hace una breve referencia a los instrumentos internacionales donde se hace hincapié en el reconocimiento de los derechos de los menores que estén integrados en la Constitución y los Tratados Internacionales de los que sea parte España y, especialmente, en la Convención de Derechos del Niño de Naciones Unidas y la de

⁴⁰ Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia. BOE núm. 175, de 23 de julio de 2015, páginas 61871 a 61889 (19 págs.). BOE-A-2015-8222 <https://www.boe.es/eli/es/lo/2015/07/22/8> Fecha consulta: 23/05/21.

Derechos de las Personas con Discapacidad, sin olvidar demás derechos garantizados en el ordenamiento jurídico, sin discriminación alguna por razón de nacimiento, nacionalidad, raza, sexo, discapacidad o enfermedad, religión, lengua, cultura, opinión o cualquier otra circunstancia personal, familiar o social.

En los Derechos de la Infancia se reconocen los derechos relativos a la protección, provisión, al de la participación, no discriminación, al interés del niño (educación, cariño, alimentación...) al derecho a la vida, al derecho de jugar, de la salud, al de un nombre y al de no trabajar.

Por último, y no menos importante, cabe mencionar la Ratificación de la Carta Social Europea⁴¹. En la Parte II, el art.7 nos habla del derecho a la protección que tienen los niños y adolescentes y los gobiernos signatarios de esta Carta convienen, entre otros puntos, que:

- La edad mínima de admisión al trabajo queda fijada en 15 años (sin perjuicio de las excepciones relacionadas en el artículo)
- En el caso de trabajos u ocupaciones consideradas insalubres o peligrosas, la edad mínima para estos trabajos habrá de ser más elevada.
- Se prohíbe que los niños en edad escolar obligatoria trabajen si ello les priva del pleno beneficio de su educación.

Además, el artículo 17 " Derecho de los niños y jóvenes a protección social, jurídica y económica" deja constancia del compromiso de las partes a adoptar, directamente o a través de la cooperación en organizaciones públicas o privadas, medidas que garanticen:

- A los niños y jóvenes, los cuidados, asistencial, educación y formación que precisen, particularmente con la creación o mantenimiento e instituciones o servicios adecuados a este fin.
- La protección de estos niños y jóvenes frente a las negligencias, violencia o la explotación.
- La protección del Estado y la ayuda especial a los niños y jóvenes que se vean privados, de forma temporal o definitiva, del apoyo de su familia.

⁴¹ Entrara en vigor en España el 1/07/2021 la Ratificación de la [Carta Social Europea \(revisada\)](https://blogextranjeriaprogestion.org/2021/06/11/carta-social-europea-revisada-2021/) - Blog Extranjería Asociación Progestión (blogextranjeriaprogestion.org) <https://blogextranjeriaprogestion.org/2021/06/11/carta-social-europea-revisada-2021/> Fecha consulta: 15/06/21.

-La gratuidad de la educación primaria y secundaria y el fomento de la asistencia regular a la escuela.



CAPÍTULO 3. ANÁLISIS DEL PROCEDIMIENTO LEGAL PREVISTO PARA LOS MENORES NO NACIDOS EN ESPAÑA.

Los menores no nacidos en España son aquellos niños que emigran con sus padres y se quedan en estancia irregular y que, una vez dentro del territorio español, tienen que esperar al menos dos años para poder obtener la residencia legal. Esta situación está tipificada en el reglamento del RD 557/2011, de 20 de abril, artículo 186.

Los hijos, de extranjeros en situación irregular, hayan nacido o no en España continuarán en la misma situación de irregularidad de sus padres salvo que adquisición por "*ius soli*" (derecho de suelo) de la nacionalidad española.⁴²

Los menores no nacidos en España hijos de padres con residencia legal en territorio nacional, así como los menores sujetos legalmente a la tutela de un ciudadano o institución española o de un extranjero residente legal en España:

1. Cuando los menores se encuentren en edad de escolarización, es decir, a partir de los seis años, los menores tienen la obligación de ir al colegio, también se puede dar el caso de que el menor vaya a una escuela infantil y, por lo tanto, se podrá presentar dicho certificado al cumplir los dos años de residencia.
2. El menor adquirirá la residencia de uno o de los dos progenitores siempre que demuestren la convivencia juntos, también se puede dar el caso en el que el matrimonio esté separado y con una autorización por parte del padre o madre se podrá solicitar la residencia del menor.
3. Se tratará el mismo procedimiento que en el caso de la reagrupación familiar.

1. Tipo de autorización.

Se trata de una autorización de residencia para los extranjeros menores que no han nacido en España pero que sus padres residen legalmente en España.

2. Requisitos.

Autorización de residencia que se podrá conceder a los extranjeros menores de edad no nacidos en España, hijos de extranjeros con residencia legal en España, así como los

⁴² El "*ius soli*" se encuentra regulado en el Código Civil, Libro I, artículo 17 b) "Los nacidos en España de padres extranjeros si, al menos uno de ellos hubiera nacido también en España. Se exceptúan los hijos de funcionario diplomático o consular acreditado en España".

menores sujetos legalmente a la tutela de un ciudadano o institución españoles o de un extranjero residente legal en España.

Los requisitos que se deberán cumplir son:

-No ser ciudadano de un Estado de la Unión Europea, del Espacio Económico Europeo o de Suiza, o familiar de ciudadanos de estos países a los que les sea de aplicación el régimen de ciudadano de la Unión.

-Acreditar una permanencia continuada en España del menor durante un periodo mínimo de dos años., como, por ejemplo, la escolarización del menor, estando matriculado en un centro de enseñanza en el periodo de residencia en España.

- Que sus padres o tutores acrediten empleo o recursos económicos suficientes para atender las necesidades de la familia, incluyendo la asistencia sanitaria si no estuviera cubierta por la Seguridad Social, en estas cuantías:

En las unidades de dos miembros, contando con el padre o la madre, se exigirá el 150% del IPREM. Por cada miembro adicional a los dos citados (progenitor y menor) se incrementará el 50% más del IPREM.

- Que sus padres o tutores acrediten disponer de vivienda adecuada, entregando un informe que será redactado por el Ayuntamiento donde residan y que especifique cuántas habitaciones posee la vivienda, además de saber cuál es el destino para su uso.

A continuación, comentamos la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Murcia, del 2019 ⁴³ que nos sirve para evidenciar las diferencias que la propia jurisdicción establece para menores nacidos en España y nacidos fuera de España siendo, en este caso concreto, hijos ambos del mismo sujeto y por tanto, cabe pensar, que para ambos hijos se debieran exigir los mismos requisitos al reagrupante. Observemos, por tanto, las razones que se esgrimen en esta sentencia para desestimar la reagrupación familiar:

Los hechos son los que siguen : a Avelino se le deniega la autorización de residencia temporal por reagrupación familiar, por lo que presenta un recurso de apelación al Juzgado de lo Contencioso Administrativo nº7 de Murcia, lo admitió a trámite y remitió junto con los autos presentados a la Sala. El Juzgado de instancia desestima el recurso de reposición, por lo que deniega la solicitud de autorización de residencia temporal por

⁴³ STSJ MU 1606/2019 -ECLI:ES:TSJMU:2019:1606

reagrupación familiar formulada por Avelino, para su hijo menor Gaspar, que reside en Marruecos por los siguientes motivos:

Según la evaluación del expediente de reagrupación familiar, los ingresos necesarios acreditativos de posición de capacidad económica para poder hacer efectiva la reagrupación eran de 913.3€ mensuales. Los ingresos del recurrente durante los 6 meses previos a la solicitud fueron de 5.51538€ (9.1303 mensuales y consultadas a las Bases de datos de TGSS, sumadas las cotizaciones del año 2016 ha percibido unos ingresos brutos de 2.904€ (242.08€ mensuales) siendo ambas cantidades inferiores al mínimo establecido en el RD 570/2011, para unidades familiares por tres miembros reagrupante, hijo y manutención de dos hijos en común con María, que asciende a 1.065.02€. Desde el 23/07/2017 no realiza ninguna actividad laboral y con una prestación por desempleo desde el 23/07/2017. Sin tener en cuenta los ingresos de María, al no quedar acreditado el vínculo entre ésta y Avelino. Lo que supone que sería el 300% del IPREM, (1.612.02) y sumados los 919.30 y los 600€ de María no superan el mínimo legal establecido por lo que la Administración deniega la reagrupación familiar.

Por lo que el apelante alega que el procedimiento no distingue entre los menores que viven en España o fuera y por lo tanto se está realizando una discriminación entre los menores que viven en España y los que viven fuera. Por lo que entiende que la resolución recurrida no es conforme a derecho, y señala el artículo 7.1 letra c) de la Directiva 2003/86/CE.

Falta de motivación de la sentencia (art 24.1 CE) Error en apreciación y valoración de la prueba, medios de vida de la mujer, que tienen una vivienda con préstamo hipotecario, la discriminación con el hermano que viven en Marruecos.

Por lo que la solicitud de reagrupación familiar se realiza al amparo de lo dispuesto en el art 17ª) de la Ley 4/2000, de 11 de enero (derecho a reagrupar a los hijos del residente y del conyugue incluidos los adoptados siempre que sean menores de 18 años o estén incapacitados) en relacional art 186 de RD 557/2011, de 20 de abril.

De ahí que la exigencia de dicha cuantía podrá ser minorada cuando el familiar sea menor de edad, cuando concurren circunstancias especiales acreditadas que aconsejen dicha minoración en base al principio del interés del menor, según lo establecido en la

Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor. Por lo que el fallo dicta la desestimación del recurso de apelación interpuesto por Avelino.⁴⁴

Esta sentencia deja entrever la incongruencia que a veces se adivina en el régimen jurídico acerca de los extranjeros. El conjunto de leyes y reglamentos, así como su interpretación, no dan lugar a realizar analogías, como en este caso nos parece lógico, o flexibilizar su forma de aplicación. Nuestra norma suprema, en su artículo 39⁴⁵ sentencia que los hijos son iguales ante la ley, entre otras cosas, y ninguno de los preceptos de este artículo, en este caso, se cumplen por los Poderes Públicos. Tampoco se sopesa escuchar al menor, o valorar si es beneficioso para él quedarse en Marruecos o, por el contrario, reagruparse con su familia.

3. Documentación exigible.

Además de cumplimentar los requisitos anteriores mencionados en el capítulo requisitos del menor nacido en el extranjero, los progenitores deberán presentar una serie de documentación necesaria para poder obtener, sin ningún problema, la residencia de su hijo menor que a continuación enumeraremos:

1. Impreso de solicitud en modelo oficial (EX - 01) por duplicado, debidamente cumplimentado y firmado por el padre, madre o tutor.
2. Copia del pasaporte completo título de viaje o cédula de inscripción en vigor del menor.
3. Documentación acreditativa del parentesco con el residente legal, o tutela con ciudadano o institución.
4. Documentación identificativa del solicitante.
5. Documentación acreditativa del empleo y/o recursos económicos suficientes para atender las necesidades de la familia, que podrá ser acreditada por cualquier medio

⁴⁴ Sentencia 3 del Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Contencioso. N.º de Recurso: 310/2018 N.º de Resolución: 432/2019.

⁴⁵Art. 39 C. E. 1) Los poderes públicos aseguran la protección social, económica y jurídica de la familia.

2) Los poderes públicos aseguran, asimismo, la protección integral de los hijos, iguales éstos ante la ley con independencia de su filiación, y de las madres, cualquiera que sea su estado civil. La ley posibilitará la investigación de la paternidad.

3) Los padres deben prestar asistencia de todo orden a los hijos habidos dentro o fuera del matrimonio, durante su minoría de edad y en los demás casos en que legalmente proceda.

4) Los niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos.

de prueba y además todos los documentos deberán estar traducidos a la lengua oficial y legalizado por la Oficina Consular de España.

4. Procedimiento.

Autorización de residencia del hijo de residente legal no nacido en España.

El progenitor que pretenda la obtención de una autorización de residencia para su hijo menor, deberá actuar de igual forma que para la reagrupación familiar para, ello deberá seguir los siguientes pasos:

1. Deberá presentar una solicitud, bien el padre o la madre o, en caso de tutor legal, el representante del menor.

Se trata de un informe donde se deben rellenar todos los datos del o de los solicitantes.

2. La solicitud, una vez rellenada, deberá entregarla en la Oficina de Extranjería de la provincia en la que el menor extranjero tenga fijado el domicilio.
3. Deberá abonar un pago por una tasa de residencia que se devengará en el momento de admisión a trámite de la solicitud, y deberá abonarse en el plazo de diez días hábiles,

Modelo 790 Código 052 epígrafe 2.1 “autorización inicial de residencia temporal”.

4. En un plazo de cuarenta y cinco días, contando a partir del día siguiente de la presentación de la solicitud, la Oficina de Extranjería se pondrá en contacto con el solicitante para comunicarle la resolución de dicha solicitud. Transcurrido dicho plazo sin que la Administración haya practicado la notificación, se podrá entender que la solicitud ha sido desestimada por silencio administrativo.

En el plazo de un mes desde la notificación de la concesión de la autorización de residencia, el padre, madre, o tutor deberá solicitar personalmente, acompañado del menor, la Tarjeta de Identidad de Extranjero (TIE), en la Oficina de Extranjería o Comisaría de Policía de la provincia donde se haya tramitado la autorización.

Solicitud de la Tarjeta de Identidad de Extranjero:

El solicitante o los solicitantes deberán:

1. Exhibir en el momento del trámite el pasaporte o título de viaje o cédula de inscripción del menor para acreditar la identidad.

2. Rellenar la solicitud de tarjeta de identidad de Extranjero, en modelo oficial (EX17)
3. Justificante del abono de la tasa de la tarjeta.
4. Tres fotografías recientes en color, en fondo blanco, tamaño carné.

Las autorizaciones de residencia concedidas habilitan para trabajar sin necesidad de ningún trámite administrativo cuando los titulares alcancen la edad laboral.

Una vez analizado y diferenciando al menor nacido en España del menor que quiere venir a residir a España, ambos de padres residentes legales, nos encontramos con unas diferencias muy acusadas entre los dos supuestos.

Tanto el ordenamiento jurídico español como la LOEX establecen criterios muy dispares para estos supuestos, en el fondo con el mismo objeto y que persiguen los mismos intereses, pero que, sin embargo, pueden llegar a ser discriminatoria para los menores.

Si prestamos atención, a unos padres que quieren solicitar la residencia de su hijo nacido en España solo se les exige cumplir tres requisitos, por lo que la residencia se antoja poco más o menos automática, dándole la que adquieren sus padres, sin embargo, en el caso del menor extranjero que desea residir en España, con sus progenitores legales, en el país los requisitos son más numerosos y estrictos por lo que, en la actualidad, les es más complicado poder cumplir con los mismos.

Es paradójico cómo el menor que nace en España está exento del requisito de la vivienda, pero cuando se trata de un menor que quiere venir a residir a España no solo le exigen a sus progenitores una vivienda adecuada con unas determinadas características, sino que además se les reclaman medios económicos y un seguro social. Esta clase de diferencias son las que demuestran que existen disparidad de criterios para otorgar autorizaciones, pues como venimos indicando a lo largo del estudio, estamos hablando en ambos casos del mismo objeto para la concesión de la residencia legal en España: menores, niños...

En aras de preservar la justicia, entendida como imparcial, razonable y cabal, nos parece sensato proteger los derechos y libertades de los menores en ambos casos (menor nacido en España de padres extranjeros residentes legales, menor nacido en el extranjero que desea residir con sus padres extranjeros residentes legales) y no porque sea algo,

quizá de sentido común, sino más bien porque es nuestra propia Carta Magna la que defiende a los hijos "iguales ante la ley". Los procedimientos para obtener cualquiera de estos derechos de residencia son tan solo trámites, susceptibles de ser revisados para evitar retrasos, esperas y, por qué no decirlo, cierta discriminación velada. Es importante no perder de vista el objetivo de estas actuaciones que no son otras que hacer posible la unión de las familias y proteger la integridad familiar.



CONCLUSIONES

Desde nuestro punto de vista y, una vez estudiada y analizada la Directiva 2003/86/CE, el Reglamento RD 557/2011, la Ley de Extranjería, los derechos de los menores que se recogen en la Declaración Universal de los Derechos del Niño y la Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor, englobadas en nuestro ordenamiento jurídico español, podemos afirmar que es posible perfeccionar la regulación mencionada debiéndose el legislador plantear qué medio y qué instrumentos se deben abordar para que resulte más eficaz la aplicación de la normativa y sea el menor el realmente beneficiado de todos los derechos que se citan en cada uno de los Reglamentos, Directivas, Leyes, etc.

Sobre esta base podemos llegar a las siguientes conclusiones:

Primera: Es la propia ley de extranjería, la misma cuyo objeto, entre otros, es la regulación de la inmigración y evitar la inmigración ilegal, la que abre la posibilidad para reunir a familias durante un corto período de tiempo (6 meses máximo) pero a estas mismas familias, si no cumplen una serie de requisitos económicos, se les deniega la residencia legal de sus hijos. En las actuales circunstancias, agravadas aún más por la pandemia en la que estamos inmersos, el acceso al mercado laboral para los nacionales y residentes legales es, cuanto menos, complicado, por lo que exigir un requisito como este a un extranjero para reagrupar a su familia es harto difícil de alcanzar. La causa que mueve a muchas de estas personas para venir a España suele ser la búsqueda de una mejor calidad de vida y de un trabajo, pero vienen sin planificación, sin información y, por supuesto, sin un contrato previo, por lo que cuando llegan a España se encuentran inmersos en un bucle de burocracias, normativas y requisitos que normalmente confunden y desamparan. La normativa ha de estar vigilante y procurar porque la inmigración sea legal y controlada, pero no podemos olvidar que se trata de personas y, muchos de ellos, menores. Siendo esto así, es evidente que urge una reforma para intentar unificar criterios y clarificar prioridades para intentar que estas personas puedan hacer valer sus derechos sin obstáculos que se lo impidan.

Segunda: El legislador deberá tener en cuenta estas situaciones y concretar soluciones en normas que desarrollen la actual legislación para evitar estados de discriminación o vulneración de derechos. Otro ejemplo de contradicción es el caso en el que unos padres, que residen de manera legal en España, desean traer a su hijo menor extranjero. Para que

su solicitud sea admitida han de cumplir con un repertorio de requisitos tales como la justificación de ingresos mínimos que, en caso de vivir en pareja serán más exigentes y, si la idea es traer a un segundo hijo, deberán contar además con el 50% del IPREM, también se exige disponer de una vivienda adecuada, con habitaciones apropiadas y especificando el uso de cada una, siendo esto verificado por personal al servicio del Ayuntamiento. Por otro lado, nos encontramos con que unos padres que tienen un hijo nacido en España el repertorio de requisitos disminuye notablemente, pues no se les solicita que justifiquen una vivienda adecuada o ingresos económicos. Es inadmisibles esta desigualdad de trato a las personas ante situaciones similares por razón de su nacimiento, aún más teniendo en cuenta cómo la ley de extranjería enarbola la protección del interés superior del menor sin enumerar o dar pista de cuáles son esos intereses del menor. Que los niños puedan crecer en el entorno de sus padres, y disfrutar de una infancia despreocupada con una educación y sanidad garantizadas se acerca bastante a este concepto.

Tercera: Son arbitrarios y contradictorios los requisitos en procedimientos para la obtención de la residencia del menor en los que un mismo residente legal es el progenitor de un menor nacido en España y de otro nacido en el extranjero. En este caso a una misma persona se le aplican distintos requisitos para un mismo "objeto"; por un lado, el menor que nace en España, de forma casi automática adquiere la residencia de uno de sus progenitores partiendo de la acreditación de nacimiento en territorio español y acreditando con su pasaporte que es extranjero y sigue la nacionalidad de sus padres. Y por otro, el nacido en el extranjero precisa que sus padres acrediten, previamente a la solicitud de residencia del menor, haber estado, al menos, dos años en situación irregular en España.

Cuarta: Si hablamos de la reagrupación familiar, vemos en la Directiva 2003/86/CE que durante el procedimiento se realiza un estudio que, de salir favorable, inmediatamente se solicita el visado para permitir la entrada y salida de España del menor. Durante esta solicitud del visado comienza un nuevo procedimiento donde se vuelve a presentar documentación para realizar de nuevo el mismo estudio que se planteó para solicitar la reagrupación familiar. Debería revisarse si este segundo estudio es pertinente pues, si el primero resultó favorable, podemos entender que se trata de una redundancia que lleva a un aumento del tiempo de espera para la reagrupación de esas familias. Además, permite la ampliación de los plazos previstos para la administración, siendo esto muchas veces

uno de los puntos débiles de la burocracia administrativa que se pierde en plazos que en ocasiones no son susceptibles de cumplirse por falta de medios materiales o personales, y, como ya hemos comentado, se trata del interés superior del menor. Por otro lado, la legislación sobre reagrupación ofrece un rango de familiares muy limitado y tan solo tiene en cuenta el grado de parentesco por consanguinidad o afinidad, es decir, solo permite reagrupar a ascendentes propios o del cónyuge, cónyuge e hijos propios y los del cónyuge. Esto es, no entra a valorar las relaciones o los lazos afectivos que unen a estas personas, pues hasta el momento solo se acepta la reagrupación de familiares distintos en casos excepcionales y sometidos a requisitos mucho más estrictos como necesidad o dependencia de otra persona para el desarrollo de su vida diaria o que se encuentren sin familiares directos en otro Estado miembro.

Quinta: Siguiendo en la línea de la reagrupación familiar, es totalmente necesario modificar el régimen de reagrupación familiar para los menores basándome en que se trata de un caso especial y preferente donde los intereses del menor han de prevalecer y, por tanto, garantizar que se reúna con sus padres o tutores legales en el menor tiempo posible, prescindiendo de requisitos previos.

Sexto: En el caso de la integración de los menores es conveniente y efectiva la realización de un examen que arroje resultados acerca del nivel de integración por parte de los inmigrantes ya residentes en territorio nacional. También es interesante averiguar el grado de conocimiento de nuestro idioma y costumbres, es decir, cómo han sociabilizado con la comunidad en la que convivan, pues si este indicador es bajo (no conocen el idioma o costumbres transcurrido cierto tiempo), puede entenderse como una falta de interés y un examen de integración a la hora de renovar el permiso de residencia puede alentar la preocupación por integración, y las ganas de formar parte de un proyecto común con el resto de personas que viven y trabajan en España.

BIBLIOGRAFÍA

ORTEGA GIMÉNEZ, ALFONSO (Dir) y HEREDIA SÁNCHEZ, LERDYS S (Coord.) y AA.VV. *Manual práctico orientativo de Derecho de Extranjería*, Aranzadi, Navarra, 2016, pp. 23-30,

CONDE, ROSA (Dir) y REVILLA, MARISA (Coord.). *Infancia, juventud y migraciones. Una mirada para la cooperación internacional*, Fundación Carolina, Siglo XXI, Madrid, 2011, pp. 41, 42, 44,51-63.

GÓMEZ CAMPELO ESTHER (Autora) “La compleja aplicación del a Directiva 2003/86/CE sobre el Derecho a la Reagrupación Familiar”. *Revista Española del Tercer Sector* / nº12, Madrid, mayo-agosto 2009, pp,73-99.

MIRALLES SANGRO, PEDRO PABLO (Dir) y VARGAS GÓMEZ-URRUTIA, MARINA (Autora) *Normas de extranjería y problemas relativos al derecho aplicable en la reagrupación familiar de los extranjeros en España*. UNED, España, 2006.

QUIROGA-RAIMUNDEZ, VIOLETA. ARIADNA ALONSO-SEGURA (Universidad Ramón Llul. España). *Los hijos e hijas de familias inmigradas en situaciones de riesgo social*, Portularia Vol. XII, Barcelona, 2012, pp.76, 78, 79

BIBLIOGRAFÍA WEB

www.consultor.com

Oficina de Extranjeros de Alicante

www.boe.es

Boletín Oficial del Estado

www.ine.es

Instituto Nacional de Estadísticas

www.iberly.es

Portal legal

www.unicef.es

UNICET España

www.dialnet.es

Portal de bibliografía UNIZAR

Página web: www.schengenvisaeu.com

www.poderjudicial.es

Consejo General del Poder Judicial



ANEXOS

Noticias

Enlaces y Fecha de búsqueda: 17/05/21 y 18/05/21

1. La Vanguardia.

[El TS reconoce el derecho de un padre extranjero a que se amplíe su residencia temporal para cuidar de su hijo español \(lavanguardia.com\)](https://www.lavanguardia.com)

2. El País

[Crecer sin papeles en España | Blog 3500 Millones | EL PAÍS \(elpais.com\)](https://elpais.com)

3. El Diario

[Nacionalidad más allá de las normas \(eldiario.es\)](https://eldiario.es)

4. El Diario:

[La victoria de los inmigrantes sin papeles con niños españoles: el Gobierno facilita su regularización, aunque no tengan trabajo \(eldiario.es\)](https://eldiario.es)

5. El Derecho:

[El TUE dice que el derecho a reagrupación familiar debe aplicarse aún si el menor cumple 18 años durante el proceso - El Derecho - Sector jurídico](https://www.elderecho.es)

Noticia2. El País: Crecer en España sin papeles.

En esta noticia se desgrana el estudio realizado por *Save the Children* y la fundación por Causa acerca de la infancia de los menores sin papeles en nuestro país. En él se denuncia cómo estos niños ven vulnerados sus derechos fundamentales por motivos de arbitrariedad administrativa.

Por Comunidades Autónomas, las que presentan un índice mayor de menores sin papeles son Cataluña, Madrid, Valencia y Andalucía, pero en Comunidades como Asturias y Galicia la concentración de éstos es mayor. Para un menor extranjero la ausencia de un permiso de residencia o NIE solo siembra obstáculos en todas las fases de la educación, queda al arbitrio de las administraciones sanitarias y les deja fuera del acceso efectivo a la protección y justicia siendo un blanco fácil para la violencia, los abusos físicos y mentales e incluso la trata y la explotación.

Según este estudio, aproximadamente la mitad de estos menores tienen menos de 10 años y la gran mayoría proceden de América Latina. Pone de manifiesto que antes de extranjeros, son niños, e invoca la "obligación indiscutible" de todos los Estados a la protección y el bienestar de todos estos menores haciendo referencia, mediante un hipervínculo, al Instrumento de Ratificación de la Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989.

Un de las soluciones que plantea este informe es la de tomar la decisión política de regularizar a las familias inmigrantes con hijos aprovechando que, en la actualidad debido a la Covid-19, se han tomado medidas excepcionales en otros países de nuestro entorno que facilitan la integración social de estos menores reduciendo así su sufrimiento. Además, indican que también supondría un beneficio fiscal para el conjunto de la sociedad al incorporar a sus progenitores a la economía formal.

En este caso el conflicto lo encontramos en la regulación de dos materias distintas entre sí pero que inevitablemente han de ir de la mano, estas son: La ley de extranjería, con la necesidad de regular y controlar las migraciones, y la protección de los derechos e intereses de los menores.

Noticia 3. El Diario: Nacionalidad más allá de las normas.

Nos encontramos ante una reflexión sobre la nacionalidad impuesta, aquella que nos acompaña desde que nacemos, bien por elección, en el caso de extranjeros menores que al nacer sus padres les dan su nacionalidad o se la niegan convirtiéndoles en apátridas para conseguir la española, bien por opción, solicitándola a través de los distintos procedimientos que hemos ido viendo a lo largo de este trabajo, y la nacionalidad emocional, aquella que hace referencia al sentimiento de pertenencia a una tierra, a un lugar, a un grupo.

A lo largo de este artículo su autora medita acerca de las diferentes nacionalidades, culturas y lenguas que integran España y las cómo el Estado español desde su norma suprema, la Constitución, ya las reconoce y protege como una nación de naciones. Sin embargo, se lamenta de que esto sea simplemente lo que dice la ley y no lo que se encuentra en su día a día en su trabajo como asesora jurídica.

En el desarrollo del escrito destaca la dificultad que tienen muchos extranjeros para "creerse" españoles por estar constantemente señalados por la percepción que tienen otras

personas e incluso las administraciones, al atisbar un rasgo diferente que evidencia su origen y esto hace que hablen de su nacionalidad española como si de un apellido se tratara: "soy de "X" país pero estoy nacionalizada o tengo doble nacionalidad" sin mencionar que son españoles porque así lo pone en su DNI, independientemente de cómo han obtenido la nacionalidad.

A continuación, la autora menciona varios casos empíricos que le suelen suceder a diario.

Esta noticia evidencia las barreras no solo legales que se encuentran muchos extranjeros en España sino también las sociales que tienden a estar compuestas de ignorancia y sentimientos absurdos de supremacía y demuestra el largo trabajo que queda para que la sociedad española cultive sentimientos de solidaridad y empatía hacia esta población.

